

Liechtenstein
Politische Schriften

BAND 51

Thomas Bruha (Hrsg.)

Europäischer Föderalismus im Licht der Verfassungs- geschichte

Verlag der Liechtensteinischen Akademischen Gesellschaft

© 2011 Verlag der Liechtensteinischen Akademischen Gesellschaft
FL-9494 Schaan, Postfach 829
ISBN 978-3-7211-1083-8
Satz: Atelier Silvia Ruppen, Vaduz
Druck: Hilty Buch- und Offsetdruckerei, Schaan

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der
Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Vorwort

Am 18. und 19. September 2009 fand am Liechtenstein-Institut in Benden eine wissenschaftliche Tagung zu Grundfragen und Entwicklungsperspektiven des europäischen Föderalismus im Licht der Verfassungsgeschichte statt, deren für den Druck erweiterten Referate hiermit veröffentlicht werden. Anliegen des interdisziplinär konzipierten Kolloquiums war es, vertiefte Kenntnisse über die politischen Bauprinzipien der Europäischen Union und ihr Entwicklungsprofil zu gewinnen. Zu diesem Zweck kamen namhafte Vertreter der Rechts- und Geschichtswissenschaften zusammen, um im Wege eines Vergleichs der supranationalen Föderation im Rahmen der Europäischen Union mit Frühformen des Föderalismus, insbesondere im 19. Jahrhundert, Gemeinsamkeiten und Unterschiede aufzuzeigen. Dem lag die Annahme der Veranstalter zugrunde, dass die Europäische Union sich auf ein prekäres Gleichgewicht zwischen herkömmlicher Staatlichkeit (Bundesstaat) und Nicht-Staatlichkeit (Staatenbund) einpendelt und auf diese Weise Strukturen stabilisiert, die in der Phase der Bildung von Nationalstaaten des ausgehenden 18. und des 19. Jahrhunderts schon existent waren, allerdings nur übergangsweise Bestand hatten.

Die Idee zur Tagung entstand während eines Forschungsaufenthalts des Herausgebers an seiner ehemaligen Wirkungsstätte, dem Liechtenstein-Institut, im Winter 2006/07 in fruchtbaren Gesprächen mit den am Institut tätigen Forschern und seinem unvergessenen spiritus rector und langjährigen Vorsitzenden des Wissenschaftlichen Rates Dr. DDr. h.c. Gerard Batliner. Verstorben im Juni 2008, konnte er die Tagung leider nicht mehr miterleben. Ihm sei der Tagungsband posthum gewidmet.

An zwei inspirierenden Kolloquiumstagen wurden Grundfragen der staatlichen und überstaatlichen Föderation im Wechsellicht historischer Erfahrungen der deutschen, der schweizerischen und der amerika-

nischen Verfassungsgeschichte diskutiert. Alle drei Verfassungsräume weisen sowohl Beispiele staatenbündischer (Deutscher Bund, 1815–1866; Schweizerische Eidgenossenschaft, 1815–1845; Nordamerikanische Konföderation, 1778/81–1788) als auch bundesstaatlicher Föderalsysteme (Deutsches Reich nach 1867/71; Schweiz nach 1848; Vereinigte Staaten nach 1789) auf. Manches «bündische» Bauprinzip, das eine verblüffende Entsprechung und Aktualität in der post-nationalen Föderation der EU jenseits von Bundesstaat und Staatenbund hat, kam auf diese Weise zum Vorschein (Biaggini, Diggelmann, Oeter, Schönberger, Schütze, Zelger). Die konzeptionelle Hypothese, dass ein diachroner Vergleich des supranationalen Föderalismus im Zeichen der Globalisierung mit Frühformen im Zeitalter der Nationenbildung überhaupt sinnvoll ist, wurde aber auch in Frage gestellt (Langewiesche). Die anregende Diskussion über diese pointiert vorgetragene «Anti-These» schärfte den Blick dafür, dass es nicht um den Vergleich historischer Situationen, sondern um das Aufdecken vergleichbarer politisch-normativer Strukturbestandteile geht, Elemente eines allgemeinen Verfassungsrechts föderaler Ordnungen, gewissermassen.

In einer weiteren Zielsetzung sollte die Tagung auch dem Kleinstaat Liechtenstein Orientierungshilfe bei seiner Positionierung im europäischen Integrationsprozess geben. Die Aufdeckung der föderalen Besonderheiten der Europäischen Union lassen vergleichsweise günstige Partizipationschancen des Kleinstaates erkennen, welche auch die Vollmitgliedschaft einschliessen (Bruha/Breuss). Der historische Befund, dass die gleichberechtigte Teilnahme Liechtensteins zusammen mit den grossen Staaten in den Zeiten des Deutschen Bundes und der Paulskirche trotz verschiedener Widerstände und Mediatisierungsversuche letztlich nicht in Frage stand (Geiger), sollte zu bedenken geben.

Als Herausgeber bleibt mir allen zu danken, die zum Gelingen der Tagung und der Veröffentlichung beigetragen haben: den Referenten, den Teilnehmern des Kolloquiums, den Mitarbeitern des Liechtenstein-Instituts, dem Verlag der Liechtensteinischen Akademischen Gesellschaft sowie dem Schweizerischen Nationalfonds. Ihnen allen schulde ich auch Dank für die grosse Geduld, mit der sie dem Erscheinen des Tagungsbandes entgegen gesehen haben.

Thomas Bruha
im September 2011

Inhalt

Nationalstaaten und Europäische Union – historische Vorbilder für eine staatspolitische Innovation? <i>Dieter Langewiesche</i>	9
Europäische Integration als föderaler Prozess: Grundfragen und kleinstaatliche Herausforderungen <i>Thomas Bruha / Emilia Breuss</i>	27
Föderale Verfassungsräume und -kulturen in historischer Perspektive: Das Beispiel Schweiz <i>Ulrich Zelger</i>	59
Die Verfassung der «Vereinigten Staaten von Amerika» von 1787 – Föderalismus als (Inter)nationale Ordnung <i>Robert Schütze</i>	83
Supranationalität in geschichtlicher Perspektive: Die «Articles of Confederation» (1781–1789) <i>Oliver Diggelmann</i>	117
Europäischer Föderalismus im Licht der Verfassungsgeschichte – Regierungs- / Governance-Funktionen <i>Stefan Oeter</i>	149
Rechtsetzung und Vollzug des Bundesrechts <i>Giovanni Biaggini</i>	173

Föderale Bürgerschaft – Was kann man für die europäische Bürgerschaft aus der föderalen Verfassungsgeschichte lernen? <i>Christoph Schönberger</i>	193
Repräsentation von Kleinstaaten: Deutscher Bund, Paulskirche, Mediatisierung <i>Peter Geiger</i>	207
Die Autoren	231

Nationalstaaten und Europäische Union – historische Vorbilder für eine staatspolitische Innovation?

Dieter Langewiesche

Vorbemerkung

Die Tagung, deren Ergebnisse in diesem Buch dokumentiert werden, war vergleichend angelegt, um die Besonderheiten der EU bestimmen zu können. Der Vergleich kann auf bestimmte Aspekte der politischen Ordnungen bzw. auf einzelne Verfassungsmerkmale zielen oder er kann die politische Ordnung als Ganzes in den Blick nehmen. Beide Arten des Vergleichs sind in diesem Buch vertreten. Das erklärt zumindest teilweise die unterschiedlichen Ergebnisse. Wer einzelne Bestimmungen einer bündischen Verfassung mit dem EU-Regelwerk vergleicht, kann Gemeinsamkeiten feststellen, während dieser Aufsatz, der auf die Gesamtordnung blickt, die historische Unvergleichbarkeit der EU nachzuweisen sucht.

Eine erste Fassung dieses Textes ist erschienen in: Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften 7 (2009) H. 3–4, S. 348–363.

Bietet die Staatengeschichte Vorbilder für die EU, die es ermöglichen, diese «grösste Erfindung unserer Zeit» (*Dieter Grimm*¹), angemessen zu verstehen und ihre Entwicklungspotenziale vor dieser geschichtlichen Folie einzuschätzen? Wer diese Frage bejaht, pflegt die institutionelle Integration Europas in Analogie zu drei Staatsmodellen zu betrachten, die sich in den vergangenen Jahrhunderten identifizieren lassen: (a) der Nationalstaat – vor allem in seiner föderativen Gestalt, (b) Staatenbund versus Bundesstaat – ein Spannungsfeld mit gleitenden Übergängen, (c) der Bund als eigenständige, historisch erprobte Ordnung, die sich sowohl

1 Dieter Grimm, Die grösste Erfindung unserer Zeit, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung, 16.6.2003, S. 35.

der gängigen Alternative Staatenbund / Bundesstaat als auch dem Leitbild Nationalstaat entziehe.

1. Nationalstaat und Nation – historische Analogie für die Zukunft der EU?

Die Orientierung am Nationalstaat, der sich im 19. Jahrhundert und verstärkt nach dem Ersten Weltkrieg angesichts der militärisch erzwungenen Auflösung der multinationalen Reiche (Habsburgermonarchie und Osmanisches Reich) als staatliches Leitbild allgemein durchzusetzen schien,² bietet offensichtlich keine Hilfen, den europäischen Integrationsprozess und die Institutionenordnung, die er bislang ausgebildet hat, vergleichend zu analysieren. Dennoch wird er als Vergleichsmass immer wieder angelegt, sei es erwartungsfroh oder abwehrend. Die Entstehung von Nationalstaaten war in der Vergangenheit jedoch an Voraussetzungen gebunden, die auf europäischer Ebene nicht vorhanden sind, und sie verlief in Bahnen, die niemand einschlagen will.

Um mit dem Unerwünschten zu beginnen: Nahezu alle Nationalstaaten sind Kriegsgeschöpfe, hervorgegangen aus Staatenkriegen oder Revolutionskriegen, oft verbanden sich beide.³ Die Entstehung aus der Kriegsgewalt ist keine historische Besonderheit des Nationalstaates. Er

2 Dass die multinationalen und multiethnischen Reiche oder Imperien jedoch trotz der Orientierung am Leitbild Nationalstaat nie ihre Bedeutung verloren haben, betonen zu recht Jürgen Osterhammel, *Die Verwandlung der Welt. Eine Geschichte des 19. Jahrhunderts*. München, 2009; John Darwin, *After Tamerlane. The Rise and Fall of Global Empires, 1400–2000*, London, 2007; s. auch Jörn Leonhard / Ulrike v. Hirschhausen, *Empires und Nationalstaaten im 19. Jahrhundert*, Göttingen, 2009; Langewiesche, *Das Alte Reich nach seinem Ende. Die Reichsidee in der deutschen Politik des 19. und 20. Jahrhunderts. Versuch einer nationalgeschichtlichen Neubewertung in welthistorischer Perspektive*, in: ders., *Reich, Nation, Föderation. Deutschland und Europa*, München, 2008, S. 211–234.

3 Ausführlich dazu Langewiesche, *Nation, Imperium und Kriegserfahrungen*, in: Georg Schild / Anton Schindling (Hrsg.), *Kriegserfahrungen – Krieg und Gesellschaft in der Neuzeit: Neue Horizonte der Forschung*, Paderborn, 2009, S. 213–230; Langewiesche, *Fortschrittsmotor Krieg. Krieg im politischen Handlungsarsenal Europas im 19. Jahrhundert und die Rückkehr der Idee des *bellum iustum* in der Gegenwart*, in: Christina Benninghaus u. a. (Hrsg.), *Unterwegs in Europa. Beiträge zu einer verglichen Sozial- und Kulturgeschichte*, Frankfurt / M., 2008, S. 23–40.

steht hier in einer langen Tradition, die er jedoch radikalisiert hat. Der amerikanische Historiker Charles Tilly hat sie auf die griffige Formel gebracht: «War made the state, and the state made war».⁴ Für das 19. Jahrhundert könnte man sinngemäss fortsetzen: Der Krieg macht den Nationalstaat, der Nationalstaat macht Krieg, um ausserhalb Europas zum Imperium zu expandieren. Den Zeitgenossen des 19. Jahrhunderts war diese Symbiose von Nationalstaat und Krieg bewusst. Es genügt, an Ernest Renan zu erinnern, der gern zitiert wird, wenn man die Nation als Demokratisierungskraft aufruft: die Nation – «un plébiscite de tous les jours». In seinem berühmten Vortrag von 1882 «Qu'est-ce qu'une nation?», aus der dieses Zitat stammt, rechnete es Renan zu den Kardinalfehlern des Hauses Habsburg, die Ungarn und die Slawen, die Tschechen und die Deutschen nicht zu einer einzigen Nation staatlich verschmolzen zu haben, notfalls, so Renan, als «le résultat d'une extermination et d'une terreur» wie bei der Vereinigung Frankreichs («la réunion de la France du Nord et de la France du Midi»).

Dieses Vertrauen in den *Fortschritt* durch Krieg und Gewalt ist auch der Gegenwart nicht gänzlich fremd;⁶ früheren Zeiten war sie vertraut: Kein Nationalstaat ohne Krieg, keine erfolgreiche Nationalrevolution ohne Krieg, keine Ausweitung des Nationalstaates zum Imperium ohne Krieg. Dieses Erfahrungswissen hatten die Menschen im 19. und bis weit ins 20. Jahrhundert vor Augen, und ihr Geschichtswissen bestätigte es. Den Krieg für höchste Ziele einzusetzen, galt ihnen als notwendig. Im Nationalstaat, vor allem im machtvoll grossen, sahen sie einen Letztwert. Historiker wie der Schweizer Jacob Burckhardt oder der Niederländer Johan Huizinga haben in ihrem Lob des bürgernahen Kleinstaates vergeblich gewarnt vor dieser Fixierung auf machtvolle Grösse, die der Gestaltung durch den Bürger entgleite.

4 Charles Tilly, *Reflections on the History of European State-Making*, in: ders. (Hrsg.), *The Formation of National States in Western Europe*, Princeton 1975, S. 3–83, 42.

5 *Œuvres Complètes de Ernest Renan*. 2 Bde. Ed. H. Psichari, Paris, 1947, Bd. 1, S. 887–906, Zitate; S. 904, 891.

6 Langewiesche, *Fortschrittsmotor Krieg*.

Die Entstehung der Nationalstaaten lässt sich historisch drei Typen zuordnen, und alle waren mit dem Einsatz von Kriegsgewalt verbunden.⁷

a) Ein bestehender Staat wird in einen Nationalstaat transformiert. Der Nationalstaat ist hier der Erbe eines jahrhundertelangen Staatsbildungsprozesses, den er mächtig vorantrieb. Staatsbildung meinte in der Vergangenheit immer auch, den Staat institutionell vereinheitlichen und die Staatsgewalt zentralisieren. Auf diesem Weg waren die Fürsten in der frühen Neuzeit unterschiedlich weit vorangekommen. Wo seit dem ausgehenden 18. Jahrhundert die Transformation des frühneuzeitlichen Fürstenstaats in einen modernen Nationalstaat gelang, gewann die Zentralisierung der Staatsgewalt und die institutionelle Vereinheitlichung des Staates eine enorme Schubkraft. Die Idee der Nation zielt auf eine rechtlich und politisch homogene Staatsbürgergesellschaft, und der Nationalstaat erwies sich überall als die mächtigste Kraft auf diesem Weg. Der Nationalstaat verfuhr dabei weitaus rigider als der alte Fürstenstaat. In Frankreich zentralisierte die revolutionäre Nation mit einer Gewalt, die dem absolutistischen Monarchen nicht zur Verfügung stand. Die Nation und der Nationalstaat als Zwingherren der Zentralisierung staatlicher Funktionen und der Homogenisierung der Staatsbürgergesellschaft.

b) Ein Nationalstaat entsteht, indem er mehrere Staaten vereinigt. Die Nationalstaatsgründungen in Deutschland und Italien gehören zu diesem unifizierenden Typus. Beiden gemeinsam war, dass sie nicht nur Staaten vereinten, sondern zugleich trennten. Unifizierung und Sezession in einem einzigen Akt, ohne Sezession keine Vereinigung.

c) Den dritten Typus – Nationalstaatsgründung durch Sezession – findet man dort, wo aus multinationalen Reichen Gebiete herausge-

7 Diese Typisierung modifiziert Begriffe Theodor Schieders und Michael Manns. Schieder, *Nationalismus und Nationalstaat*. Studien zum nationalen Problem im modernen Europa. Hrsg. Otto Dann/Hans-Ulrich Wehler, Göttingen, 1992, unterschied zwischen dem integrierenden Nationalstaat des westeuropäischen Typs, dem unifizierenden Nationalstaat (Deutschland, Italien) und dem sezessionistischen Nationalstaat (hervorgehend aus übernationalen Imperien wie der Habsburgermonarchie). Mann, *The Sources of Power*. Vol. II: *The rise of classes and nation-states, 1760–1914*, Cambridge U.K., 1993, S. 218, differenziert zwischen «nation as state-reinforcing» (vor allem Frankreich und Grossbritannien), «state-creating» (Preussen-Deutschland) und «state-subverting» (Habsburgermonarchie).

sprengt werden. Nationalstaatsgründung bedeutet dann immer auch Staatszerstörung. Das Osmanische Reich z. B. verlor im 19. und frühen 20. Jahrhundert von Krieg zu Krieg seine Territorien im südöstlichen Europa, und es entstanden Staaten, die sich selber als Nationalstaaten verstanden. Ich formuliere das so vorsichtig, weil die Kategorie Nation hier sehr problematisch ist und die Grenzziehung unter diesen neuen Staaten heftig umkämpft war, weil sie um Territorien konkurrierten, die sich national bzw. ethnisch nicht eindeutig zuordnen liessen. Staatszerstörung begleitete aber auch die Gründung des deutschen und des italienischen Nationalstaates, denn es mussten die staatlichen Bindungen zur Habsburgermonarchie durchtrennt werden. Auch das ging nicht ohne Krieg. Als Sezessionsstaat entstand auch der belgische Nationalstaat. Und die Entstehung der Nationalstaaten im Norden Europas lässt sich ebenfalls nur als eine Kette fast immer gewaltsamer Sezessionen verstehen.

Der europäische Integrationsprozess und dessen Institutionalisierung zielen darauf, mit dieser Kriegsgeschichte zu brechen. In diesem Sinne setzt die EU den Willen zum Ausstieg aus einer Hauptlinie der europäischen Geschichte voraus, und nicht nur der europäischen. Das geschichtliche Europa hatte seine staatliche Gestalt stets mit den Mitteln des Krieges geformt. Die kulturellen Gemeinsamkeiten Europas stellten seit der Antike diese Bereitschaft, den Krieg als Instrument der Staatsbildung einzusetzen, nie in Frage. Das geschah erstmals im europäischen Integrationsprozess der Gegenwart.⁸

Wer im Nationalstaat und seinen Entstehungsgeschichten ein historisches Vorbild für Staatsbildungsprozesse auf europäischer Ebene sieht, verdunkelt dieses Zentralereignis in der europäischen Geschichte nach dem Zweiten Weltkrieg: Die Bereitschaft von Staaten, in einem offenen Prozess, dessen Verlauf nicht entlang historischer Erfahrungen eingeschätzt werden kann, eine Institutionenordnung zu schaffen, die Gemeinschaftsinteressen formuliert und sie gegenüber den Mitglieds-

8 Das habe ich näher ausgeführt in: Staat, Nation und Föderation in der europäischen Geschichte. Hrsg. Gerda Henkel Stiftung, Münster, 2008; Historische Wege nach Europa, in: Langewiesche, Nation, Nationalismus, Nationalstaat in Deutschland und Europa, München, 2000, S. 217–230.

staaten notfalls mit Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes durchsetzt, trennt die EU scharf von der Geschichte aller Nationalstaaten. Die Vergangenheit bietet nichts, das sich damit vergleichen liesse.

Auch wenn man den Zeitrahmen erweitert und die Prozesse der Nationsbildung betrachtet, die der Gründung des Nationalstaates vorausgingen, wird man vornehmlich Unterschiede zur heutigen Situation beobachten. Es gibt jedoch auch Analogien. Betrachtet man die innere Nationsbildung als einen Prozess, der sich auf drei miteinander verstränkten Ebenen vollzieht, so lassen sich im EU-Raum durchaus Entwicklungen feststellen, die in früheren Zeiten innerhalb der Nationalstaaten und ihrer Vorgänger verlaufen sind. Am weitesten sind diese Entwicklungen, die darauf zielen, einen Raum mit homogenen Strukturen zu schaffen, in den Bereichen Wirtschaft und Recht vorangeschritten, in erheblich geringerem Masse bei gesellschaftlichen Organisationen wie Parteien, Gewerkschaften oder Kirchen und am wenigsten auf der Ebene von Kultur und Mentalität. Immerhin zeigen die Umfrageergebnisse, die im Eurobarometer veröffentlicht werden, dass viele Menschen in ihrem Selbstbild eine doppelte Loyalität ausgebildet haben: Sie fühlen sich als Mitglied ihrer Nation und Bürger ihres Nationalstaates, aber auch als Bürger der EU.

In der Vergangenheit haben Doppel- oder Mehrfachloyalitäten dieser Art nur dann gleichberechtigt nebeneinander bestehen können, sofern nicht eine von ihnen den Vorrang vor anderen beanspruchte. So bald dies geschah, waren gewaltsame Konflikte unausweichlich. Die Nation kam dann mit ihrer Forderung nach demokratischer «Selbstregierung der Völker» stets im «Kampfwagen» daher, wie der Austromarxist Otto Bauer bereits 1907 hellsehtig diagnostiziert hatte.⁹ Dass bestehende Nationalstaaten freiwillig und vertraglich geregelt Souveränitätsrechte abgeben, um sich einer supranationalen Institutionenordnung einzufügen, hat in der Vergangenheit nirgendwo einen Vorläufer. Ohne Vorbild wäre auch die Entstehung einer Nation ohne die Erfahrung gemeinsamer Kriegserfahrung. Denn auch die innere Nationsbildung war historisch

9 Zit. n. Langewiesche, «Die Sozialdemokratie hält die Nation für unzerstörbar und für nicht zerstörens wert». Theoretische Reflexionen im Austromarxismus um 1900 und ihre Bedeutung für die heutige Nationalismusforschung, in: ders., Reich, Nation, Föderation, S. 94; vgl. ders., Nationalismus als Pflicht zur Intoleranz, ebd., S. 53–67.

stets auf die emotionale Kraft angewiesen, die von Kriegen, gewonnenen und verlorenen, ausgehen. Kulturelle Gemeinsamkeiten allein reichten nirgendwo aus, eine Nation zu formen. Angesichts dieser historischen Erfahrung wäre es äusserst riskant, die Zukunft der EU in Analogie zur Nations- und Nationalstaatsbildungen in der Vergangenheit zu entwerfen und die Politik auf dieses Ziel auszurichten.

2. Staatenbund / Bundesstaat versus Bund: die Geschichte als theoretische Rüstkammer für die Institutionenanalyse der EU?

In der gegenwärtigen rechtswissenschaftlichen Diskussion dominieren, soweit sie in historischer Perspektive geführt wird, bei der Analyse der institutionellen Gestalt der EU zwei Positionen. Beide suchen nach Kontinuitäten, um das Neue zu verstehen. Dies soll an einigen konträr wertenden Studien erläutert werden.

Unter den jüngeren deutschen Rechtswissenschaftlern sind Christoph Möllers und Christoph Schönberger mit ambitionierten historisch-systematischen Deutungen hervorgetreten. Möllers nennt in seiner kritischen Analyse der Staatstheorie in der Bundesrepublik die häufige anzutreffende Charakterisierung der EU als ein Phänomen *sui generis* eine «begriffliche Bankrotterklärung».¹⁰ Als tragfähiges Begriffsfundament für einen strukturellen Rechtsvergleich schlägt er zweierlei vor: (a) das «Mehrebenen-System» – ein politikwissenschaftlicher Ansatz, der viele Vorzüge hat, aber meines Wissens bislang ohne historische Dimension geblieben ist und deshalb hier nicht weiter verfolgt wird; und (b) der «Bund».

Die hohe Erwartung, die manche Juristen auf der Suche nach einer historisch-systematischen Erklärung der EU an die Kategorie «Bund» richten, hat programmatisch Christoph Schönberger ausgeführt.¹¹ Indem er auf deren lange Geschichte zurückgreift, will er das staatstheore-

10 Christoph Möllers, *Der vermisste Leviathan. Staatstheorie in der Bundesrepublik*, Frankfurt/M 2008, S. 88; dort auch das folgende.

11 Christoph Schönberger, *Die Europäische Union als Bund. Zugleich ein Beitrag zur Verabschiedung des Staatenbund-Bundesstaat-Schemas*, in: *Archiv des öffentlichen Rechts*, 129 (2004) S. 81–120.

tische Denken aus dem Dilemma führen, alle Formen von Staatlichkeit nur vor der Alternative Staatenbund oder Bundesstaat betrachten zu können. Gefangen in dieser begrifflichen Zwangsjacke lasse sich das Neue an der EU nur beschreiben als «staatsanaloger Nichtstaat».¹² Ebenso werde ihr föderaler Charakter verzeichnet, wenn sie nur in Analogien zum klassischen Bundesstaat gesehen werden. Diese Mängel einer gängigen rechtswissenschaftlichen Betrachtung der EU spitzt Schönberger zu einer sprachlichen Paradoxie zu: der «staatsanaloge Nichtstaat» erscheine als ein «bundesstaatsanaloger Nichtbundesstaat».¹³ Um die EU angemessen zu bestimmen, brauche es jedoch für «derartige Formen föderaler Verdichtung» eines «eigenständigen Analyserasters», und dieses biete die Theorie des Bundes.¹⁴ Sie gebe es in systematischer Form noch nicht, doch das Ziel der künftigen Rechtssystematik lasse sich benennen: der «Bund der Europäischen Union».¹⁵

Schönberger und Möllers vergewissern sich, wenn sie den Bund für eine rechtssystematische Bestimmung der EU nutzen wollen, in der Geschichte. Und in der Tat, der Bund ist ein Begriff mit einer langen Vergangenheit. Reinhart Koselleck nannte ihn «einen Grundbegriff der menschlichen Verfassungsgeschichte»,¹⁶ allerdings, so fügt er als Historiker des Begriffswandels hinzu, ein Begriff, der sich «in leere Allgemeinheit verflüchtigt», wenn er nicht für den jeweiligen historischen Augenblick inhaltlich präzise gefüllt wird. Welch enormes Bedeutungsspektrum dieses Wort Bund historisch ausgefüllt, wie es sich entwickelt hat, was im Laufe der Zeit an Bedeutungen verloren ging und welche neu hinzukamen, vor allem – wie umkämpft diese Bedeutungen jeweils waren, führt Koselleck eindrucksvoll vor Augen. Der Begriff *Bund* bietet, betrachtet man seine Geschichte, also nichts, was man heute als Begriffsfundament für die rechtswissenschaftliche Gegenwartsbestimmung einfach übernehmen könnte. Wenn Juristen mit dem Begriff *Bund* das Phänomen EU erfassen und ihm eine historische Vergleichsdimension geben wollen, so können sie das nur, indem sie *eine* Begriffslinie aus-

12 Ebd. S. 84.

13 Ebd. S. 84.

14 Ebd. S. 85.

15 Ebd. S. 119.

16 Reinhart Koselleck, *Bund, Bündnis, Föderalismus, Bundesstaat*, in: *Geschichtliche Grundbegriffe 1*, Stuttgart 1972, S. 582–671, 582; dort auch das folgende Zitat.

wählen, die aber immer eine politisch umkämpfte gewesen ist, in Konkurrenz zu vielen anderen Deutungen, mithin alles andere als ein historisch festes Fundament für den klärenden Vergleich, um die EU besser zu verstehen.

Warum ich bezweifle, dass ein Vergleich mit historischen Bünden das Neue an der EU erkennen lässt, werde ich folgenden Abschnitt erörtern. Zuvor sollen noch weitere rechtswissenschaftliche Deutungen betrachtet werden.

Wolfgang Isensee, Repräsentant einer älteren Juristengeneration mit anderen wissenschaftspolitischen Einstellungen, wie Möllers scharf betont,¹⁷ richtet seinen rechtswissenschaftlichen Blick in anderer Perspektive auf die EU als Möllers und Schönberger, und deshalb wählt er aus dem historischen Arsenal der Begriffe für Staatskonstruktionen andere aus, mit denen er das Besondere der EU erklären will. Er spricht vom «Staatenverein der EU».¹⁸ Auch dieser Begriff ist ein historischer. Darauf geht Isensee nicht ein. Für ihn ist dieser Begriff nützlich, weil er das Fluide an der EU betont und damit hilft, das vertragliche Regelwerk, das die Mitgliedsstaaten der EU gegeben haben, in den Hintergrund zu rücken. Bei einem Juristen mag diese vertragsabgewandte Argumentation überraschen. «Ein Verein gewinnt sein Profil weniger über die Regeln seiner Satzung als durch die Personen seiner Mitglieder. Nicht anders der Staatenverein der EU. Mit jedem neuen Mitglied wandelt sich sein Charakter.»¹⁹

Die Geschichte seines Begriffs zur Definition der EU könnte Isensee Argumentationshilfe bieten. Denn im frühen 19. Jahrhundert kannten die Fachleute dieses Wort Staatenverein auch schon. Sie verwendeten es, bezogen auf die damaligen überstaatlichen Bünde, in der gleichen Absicht wie Isensee für die EU. Sie charakterisierten nämlich mit diesem Wort die Bünde deutscher Staaten, zunächst den Rheinbund, dann den

17 Möllers, *Leviathan*, S. 63–67, zum von Wolfgang Isensee und Paul Kirchhof Hrsg. «Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland» (9 Bde.): «cher als das Denkmal einer wissenschaftlichen und politischen Generation denn als staats-theoretischer Entwurf von Interesse», S. 67.

18 Wolfgang Isensee, *Europäische Nation? Die Grenzen der politischen Einheitsbildung Europas*, in: *Die Verfassung Europas*. Hrsg. F. Decker / M. Höreth, Wiesbaden, 2009, S. 254–280, 274.

19 Ebd.

Deutschen Bund, als unfähig und auch nicht darauf angelegt, die Souveränität der Einzelstaaten aufzuzehren.²⁰ Eine solche Geschichtshilfe kann Isensee allerdings nicht brauchen, denn der «Staatenverein der EU» entzieht sich in seiner Sicht historischen Vergleichen durch, so sagt er, Originalität und Mutabilität.

Stoppschild auf dem Weg zur vollen Staatlichkeit, darin liegt für Isensee die Bedeutung des Begriffs *Staatenverein*; und das meinte auch Paul Kirchhoff, als er den Begriff *Staatenverbund* erfand, mit dem unter seiner Federführung das deutsche Bundesverfassungsgericht 1993 in einem vielbeachteten Urteil die EU bedachte.²¹

Vom *Staatenverbund* spricht auch Dieter Grimm, auch er ehemaliger Verfassungsrichter, doch er begründet seine Warnung vor einer Verstaatlichung und Parlamentarisierung der EU nicht rechtsdogmatisch, sondern demokratietheoretisch. Er fragt nach der Demokratiefähigkeit der EU. Seine Antwort: Sie ist es noch nicht, und wenn man die Gründe akzeptiert, die er anführt, dann ist auch in Zukunft nicht abzusehen, wie in der EU die intermediären Strukturen entstehen könnten, von denen die Demokratie lebt. Eine EU-Verfassung im vollen Sinn könnte diese Strukturen nicht aus sich heraus schaffen. Sie wäre ein institutioneller Vorgriff, der die politische Realität verfehlte. Für die «grösste Erfindung unserer Zeit»²² sei deshalb der Vertrag, nicht die Verfassung die angemessene Grundlage.²³

3. Warum die historischen Bünde keine institutionellen Vorläufer der EU sind

Die Europäische Union als die «grösste Erfindung unserer Zeit», diese Einschätzung bestätigt sich in historischer Perspektive. Die EU ist dabei,

20 Koselleck, *Bund*, S. 655–658.

21 Vgl. zu den Diskussionen und den Selbstinterpretationen Kirchhoffs B. Kahl, *Europäische Union: Bundesstaat – Staatenbund – Staatenverbund? Zum Urteil des BverfG v. 12. Oktober 1993*, in: *Der Staat* 33/2 (1994) S. 241–258.

22 Grimm: *Die grösste Erfindung unserer Zeit*.

23 Grimm, *Braucht Europa eine Verfassung?* In: *Juristenzeitung* 50 (1995) 12, S. 581–591; erneut in: Grimm, *Die Verfassung und die Politik. Einsprüche und Störfälle*, München, 2001, S. 215–254.

etwas zu verwirklichen, wozu es in der Geschichte keine Parallelen und keine Vorläufer gibt: freiwilliger Verzicht bestehender Staaten auf wachsende Teile ihrer Souveränität. Aus dieser Sicht werde ich nun die Versuche zu staatlichen Neuordnungen in den letzten Jahrhunderten blicken – in Europa und vor allem im deutschsprachigen Raum, in dem die historische Tradition der Bünde besonders stark ausgeprägt war. Gefragt wird nach der Fähigkeit und Bereitschaft von Staaten, erhebliche Teile staatlicher Souveränität dauerhaft auf eine suprastaatliche Institutionenebene zu übertragen. Denn darin liegt das historisch Neue an der EU. Gibt es dafür Vorläufer in der Geschichte? Lassen sich die historischen Bünde als Vorläufer sehen? Gefragt wird also nicht nach Analogien einzelner Bestandteile der bündischen Organisationen zur EU – sie gibt es, und es mag zur Analyse der EU-Institutionen hilfreich sein, sie zu betrachten –, sondern der Blick wird auf die Grundlage der EU gerichtet, ihre *raison d'être*.

Es ist sinnvoll, den Rückblick in die Geschichte um 1800 zu beginnen, denn die napoleonische Ära war eine erste Phase europäischer Neuordnungspolitik, in der die moderne Idee Nation entstand, wenngleich sie noch keineswegs das Denken der Menschen bestimmt hat. In dieser Zeit zerbricht mit dem *Heiligen Römischen Reich deutscher Nation* ein frühneuzeitlicher Staatstyp mit einer komplexen ständischen Herrschaftsordnung, Gegenpol zum Zentralstaat frühneuzeitlicher Prägung und auch Gegenpol zum Nationalstaat der Zukunft. Was entsteht aus diesem Zusammenbruch heraus?

Das neue Europa war ein Europa der Machtkonzentration – im Staat und zwischen den Staaten. Nur die grossen Staaten überlebten und diejenigen, die es schafften, sich auf Kosten anderer zu vergrössern. Europa wurde territorial umgebaut auf Kosten der Kleinen; sie gingen unter, als das Schutzdach des Alten Reiches fiel. Es gab Ausnahmen, doch die Hauptlinie hiess Machtkonzentration auf Kosten der Kleineren. Deshalb sah Jakob Burckhardt das 19. Jahrhundert dem Mysterium der Grösse verfallen.²⁴

24 Vgl. dazu Langewiesche, Kleinstaat – Nationalstaat. Staatsbildungen im 19. Jahrhundert in der frühneuzeitlichen Tradition des *zusammengesetzten* Staates, in: ders.: Reich, Nation, Föderation, S. 194–210; ders. (Hrsg.): Kleinstaaten in Europa, Schaan 2007.

Damit stand Jakob Burckhardt gegen einen Haupttrend europäischer Geschichte. Die Revolution, die napoleonische Expansion und dann, an Gewicht zunehmend, das grosse Leitbild des 19. und auch des 20. Jahrhunderts, der Nationalstaat – sie alle folgten jenen Bahnen zum zentralisierten grossen Staat, die bereits der frühneuzeitliche Absolutismus eingeschlagen hatte. An *diesem* Punkt zielen Volksrevolution und Fürstenrevolution in die gleiche Richtung: Zentralisierung staatlicher Macht, in diesem Willen zum homogenen Staat stimmten radikale Verfechter der Volkssouveränität überein mit ihren nicht minder radikalen Gegnern aufseiten der Fürstensouveränität. Die «kleinstaatliche Massenkatastrophe» zu Beginn des 19. Jahrhunderts, eine Formulierung des Schweizer Historikers Werner Kaegi,²⁵ ist ihr gemeinsames Werk. Dieses Zerstörungswerk legitimierten jene Fürsten, die es als Profiteure überlebten, auf dem Wiener Kongress. Mit ihm endete eine Phase feindlicher Übernahmen unter den Staaten Europas.

Das Europa der Dynastien legitimierte hier eine radikale Veränderung Europas, wenn auch nicht so radikal wie es zuvor Napoleon versucht hatte. Er zielte darauf, aus dem alten vielstaatlichen, ständig von Kriegen durchzogenen Europa ein europäisches Imperium zu erschaffen, das den Kontinent verwandelt hätte in einen Verbund von Staaten mit einem französischen Nationalstaat als hegemonialem Herrschaftskern.²⁶ Das gelang nicht. Frankreich besass nicht die Machtmittel, Europa dauerhaft zwangszuordnen. Napoleon konnte das alte Europa durch Kriege zerstören, aber nicht an dessen Stelle ein neues unter französischer Dominanz stellen.

Das konnte nicht gelingen, weil dieses neue Europa trotz Revolution, trotz Staatszerstörung und Staatserschaffung, ein Europa der Dynastien blieb. Kein neuer Staat entstand damals ohne fürstliches Haupt. Alle neuen Nationalstaaten, die bis zum Ersten Weltkrieg entstanden, wurden als Fürstenstaaten geschaffen. Ohne jede Ausnahme.

Dynastische Legitimität blieb also die dominante Grundlage von Staatlichkeit in Europa. Napoleon suchte sich ihr einzufügen. Sein europäisches Allianzsystem mit Frankreich als Kern sollte auf dynastischen

25 Werner Kaegi, Über den Kleinstaat im europäischen Denken (1938), in: ders.: Historische Meditationen, Zürich, 1942, S. 249–314, 270.

26 Stuart Woolf, Napoleon's Integration of Europe. London / New York 1991, S. 27.

Bindungen beruhen, und nicht auf dem neuen revolutionären Prinzip der Volkssouveränität. Drei Wege der Rechtssicherung seiner Kriegserfolge schlug er ein in seiner europäischen Neuordnungspolitik: er knüpfte Heiratsverbindungen mit etablierten Dynastien, er machte Verwandte zu Königen, um einen Kranz von Satellitenstaaten zu schaffen, und er erhöhte sich zum Kaiser, um diese längst untergegangene Form von Oberhoheit in Europa zumindest symbolisch wiederzubeleben. Dieser Versuch, Europa um Frankreich als dominantem Kern herum machtpolitisch zu einen, musste schon allein deshalb scheitern, weil die beiden Hauptmächte Europas, Russland und Grossbritannien, keine Nationalstaaten waren, sondern Imperien, *global players*, die nicht in der europäischen Arena bezwungen werden konnten.

Innerhalb Europas gilt: Der Nationalstaat löste sich von seinen revolutionären Anfängen in Nordamerika und Frankreich, er wurde zum Fürstenstaat. Der Nationalstaat als Fürstenstaat – diese Kombination wirkte als Schutzwehr gegen jede Souveränitätsteilung auf europäischer Ebene. Souveränitätssicherung, nicht Souveränitätsteilung mit anderen Staaten in einem europäischen Verbund, dieses Prinzip einte den jungen Nationalstaat und den historisch überkommenen Fürstenstaat. Dieses Prinzip war ihre gemeinsame Staatsräson. Die Nation und der Monarch verlangten nach ungeteilter Souveränität für ihren Staat. Auch die revolutionäre Nation. Bündische Machtteilung war ihr fremd.

Das Europa der Nationalstaaten, wie es im 19. Jahrhundert entstand und dann nach dem Ersten Weltkrieg mit der Auflösung der Habsburgermonarchie einen vorläufigen Endpunkt erreichte, schloss Souveränitätsbegrenzung zugunsten einer föderativen Ordnung oberhalb der Nationalstaaten prinzipiell aus. Die Gründe dafür sind eindeutig: Der moderne Nationalstaat zielt im Kern auf Zentralisierung und auf Machtsteigerung. Föderation hingegen bedeutet Machtteilung bis hin zum Souveränitätsverzicht zugunsten übergeordneter Institutionen. Dagegen sperrte sich die historische Idee der Nation und des Nationalstaates ebenso wie das dynastische Prinzip in der Tradition des frühneuzeitlichen Staates, der seine Staatsqualität in ungeteilter Souveränität sah. Der Nationalstaat mit fürstlichem Haupt war deshalb ein festes Bollwerk gegen jeden Versuch einer Föderalisierung der europäischen Staatenordnung.

Das gilt auch für die nationalen Föderativstaaten wie Deutschland und die Schweiz. Sie zeigten sich zwar fähig zur föderativen Dezentralisierung und damit zur Teilung staatlicher Macht, aber nur nach innen,

nicht nach aussen gegenüber anderen Staaten. Das zu sehen ist wichtig, um zu erkennen, wie grundlegend neu der Weg ist, auf dem sich die Europäische Union befindet. Der historische Föderativstaat hat ihr nicht den Weg gewiesen, ist nicht ihr Vorläufer. Die Organisationsform des Bundes ist es auch nicht.

Wenn nach bündischen Vorbildern für die rechtssystematische Beschreibung der EU gefragt wird, blickt man vor allem auf den *Deutschen Bund*. Das ist verständlich, denn dieses europäische Vertragswerk schuf in Mitteleuropa eine Staatenordnung, die fast ein Jahrhundertlang den Frieden in Europa ermöglicht hat. Es gab Kriege in Europa. Aber keinen europäischen Krieg. Aus ihm ist das Europa des Wiener Kongresses hervorgegangen, in ihm ging es unter.

Hat der Deutsche Bund ein Institutionengefüge entwickelt, das sich der Alternative Staatenbund versus Bundesstaat entzieht und deshalb analytisch aufschlussreich ist, um die EU systematisch zu bestimmen?

Gemäss der Bundesakte von 1815 vereinigten sich die «souverainen Fürsten und freien Städte Deutschlands» zu einem «beständigen Bunde». Als Zweck ihres Bundes nannten sie «Erhaltung der äusseren und inneren Sicherheit Deutschlands und der Unabhängigkeit und Unverletzbarkeit der einzelnen deutschen Staaten». Darin sahen sie einen Dienst an Europa, überzeugt, dass aus «ihrer festen und dauerhaften Verbindung» nicht nur die «Sicherheit und Unabhängigkeit Deutschlands», sondern auch «die Ruhe und das Gleichgewicht Europas hervorgehen würden».²⁷ Die Wiener Schlussakte von 1820 definierte den Deutschen Bund dann als einen «unauflösbaren» «völkerrechtlichen Verein», der «in seinem Innern als eine Gemeinschaft selbständiger unter sich unabhängiger Staaten» besteht, «in seinen äussern Verhältnissen aber als eine in politischer Einheit verbundene Gesamtmacht».²⁸ Die Begriffe in der skizzierten rechtswissenschaftlichen Diskussion zur Analyse der EU finden sich hier also allesamt versammelt. Doch welche institutionelle Ordnung umschrieben sie damals?

Im Deutsche Bund hatten sich diejenigen Landesherren, welche das Ende des Alten Reiches überlebt hatten, zu einer dauerhaften Defensiv-

27 Bundesakte v. 8. Juni 1815: in: Ernst Rudolf Huber (Hrsg.): *Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte*, Bd. 1, Stuttgart, 1978³, S. 84 f.

28 Ebd. S. 91–100.

allianz vereinigt. Defensiv nach aussen und nach innen. Nach aussen war das Recht des Bundes auf gemeinsames Handeln begrenzt auf «Selbstvertheidigung» aller und jedes einzelnen Mitgliedsstaates. Allerdings nur hinsichtlich der Staatsgebiete innerhalb des Bundes. Führt ein «Bundes-Staat», der ausserbündische Gebiete besitzt, einen Krieg als «Europäische Macht», so berührte das den Bund nicht. Defensiv auch nach innen angelegt, denn jedes Bundesmitglied verpflichtete sich, die fürstliche Souveränität nicht aufzugeben. Der Souverän darf sich im Innern durch eine «landständische Verfassung nur in der Ausübung bestimmter Rechte an die Mitwirkung der Stände» binden lassen. Defensiv war auch das Recht des Bundes, im Notfall, wenn die Grundordnung in Gefahr war, in die inneren Angelegenheiten eines Bundesmitglieds einzugreifen. Damit wurde eine Art antirevolutionäre Gesamtverantwortung des Bundes konstituiert, nicht ein Weg eröffnet, den Bund institutionell auf Kosten der Mitgliedsstaaten auszubauen.

Dieses Gebilde Deutscher Bund zeichnen, um mit Isensees Charakterisierung der EU zu sprechen, Originalität und Mutabilität aus. Es war staatsrechtlich so originell, dass schon die Zeitgenossen über seine Definition stritten und eine Vielzahl von Namen anboten: «Verein deutscher Souverainstaaten», «freier Föderativ-Staat», «Staatenverein»,²⁹ andere nahmen den alten Begriff «zusammengesetzter Staat» auf und stellten damit den Deutschen Bund in eine lange Tradition, die in der gegenwärtigen Geschichtswissenschaft wieder aufgegriffen wird;³⁰ mehr und mehr wurde aber in der Gegenüberstellung Staatenbund versus Bundesstaat diskutiert. In welche Richtung das neue Gebilde sich entwickeln würde, hing nicht von dem Vertrag ab, sondern von den politischen Bedingungen und der Zukunftsgestaltung der Akteure. Das hatte 1816 schon Wilhelm von Humboldt klar formuliert: Die «abwehrende, negativ einwirkende, Unrecht verhindernde Aufgabe» mache ihn zum «wirklichen Staatenbund»; doch wo er als Einheit wirken wolle, werde er «in diesen Beziehungen zu einem Bundesstaate».³¹

29 Koselleck, Bund, S. 656–659.

30 Vor allem in der britischen Frühneuzeitforschung, ohne jedoch diese Begriffstraditionen zu kennen oder auszuweisen; vgl. mit der Literatur dazu Langewiesche: Kleinstaat.

31 Koselleck, Bund, S. 658.

Wer aus diesem bündischen Gebilde eine staatstheoretische Systematik zur Definition der EU jenseits der Alternative Bundesstaat versus Staatenbund ableiten will, blendet Wichtiges aus, über das ich als Historiker nicht hinwegsehen kann:

a) Der Deutsche Bund verfügte zwar über gemeinsame Institutionen, doch er schuf keine suprastaatliche Ebene, auf welche die Mitgliedsstaaten Souveränitätsrechte übertrugen, in deren Rahmen sie eigenständig handeln durfte. Eine Dynamik der Kompetenzerweiterung war schon gar nicht vorgesehen. Der Zollverein z. B. entwickelte sich am Bund vorbei.³²

b) Im Deutschen Bund hatten sich Staaten zusammengeschlossen, die mit dem Heiligen Römischen Reich Deutscher Nation über eine lange Tradition institutioneller Gemeinsamkeiten und den damit verbundenen Souveränitätsbegrenzungen verfügten.³³

c) In diesen Staaten hatte sich ein nationales Einheitsbewusstsein entwickelt, das sich mit dem Gründungszweck des Bundes, eine dauerhafte Defensivallianz zur Sicherung des Status quo nach innen und nach außen, immer weniger begnügte. Es gab eine deutsche Nation, sie organisierte sich gesellschaftlich, und sie verlangte eine Fortentwicklung des Staatenvereins in Richtung föderativer Nationalstaat mit demokratischen Partizipationsmöglichkeiten für die Staatsbürger. Ob dieser Nationalstaat mehr staatenbündisch oder mehr bundesstaatlich organisiert sein würde, hing von den machtpolitischen Verhältnissen ab.³⁴ Diesen Schritt vom bündischen Staatenverein zum nationalen Staat, in welcher Gestalt auch immer, vollzogen die Mitgliedsstaaten nicht freiwillig. Gewalt war notwendig – revolutionäre Gewalt oder Kriegsgewalt.

32 Den heutigen Stand der Forschung zum Deutschen Bund bietet Jürgen Müller, *Deutscher Bund und deutsche Nation 1848–1866*, Göttingen, 2005; ders., *Der Deutsche Bund und das politische System der Restauration 1815–1866*, München 2006.

33 Georg Schmidt, *Geschichte des Alten Reiches. Staat und Nation in der Frühen Neuzeit 1495–1806*, München, 1999; ders.: *Wandel durch Vernunft. Deutschland 1715–1806*, München 2009.

34 Vgl. dazu die Beiträge in: Langewiesche/Georg Schmidt (Hrsg.), *Föderative Nation. Deutschlandkonzepte von der Reformation bis zum Ersten Weltkrieg*, München 2000.

4. Europa als kollektiver Akteur in der Geschichte

Bis in die zweite Hälfte des 20. Jahrhunderts hinein entstanden nirgendwo Instrumentarien, die es ermöglichten, bestehende Staaten in eine dauerhafte Kooperation zu bringen, indem freiwillig Souveränitätsrechte auf eine suprastaatliche Ebene übertragen und dort ein eigener institutioneller Apparat ausgebildet wird, der eigenständig staatlich handelt und darüber hinaus eine nicht mehr von den Einzelstaaten abgeleitete Legitimationsgrundlage in Gestalt eines gewählten Parlamentes erhält.

Es gab seit langem Formen kollektiver europäischer Konfliktregelung, vor allem die grossen Staatenkonferenzen, auf denen völkerrechtliche Regelungen beschlossen wurden. In der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts kamen dann antirevolutionäre Interventionen hinzu, die der Klub der europäischen Grossmächte beschloss und einer von ihnen exekutierte. Auch in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhundert bis zum Vorabend des Ersten Weltkrieges gab es Europa als kollektiven Akteur. Doch sein Handlungsraum war nun nicht mehr Europa, hier dominierten nun die Bündnisse zwischen einem oder mehreren Staaten in einem komplizierten wechselnden Geflecht von Miteinander und Gegeneinander. Als kollektiver Akteur konnten die Grossmächte Europas – die Kleinen spielten auf diesem Areopag der Staaten keine Rolle – nur noch auftreten, wenn es um Konflikte an der osmanischen Peripherie Europas ging, in der «europäischen Türkei», wie die Zeitgenossen sagten, oder wenn sie Machtsphären ausserhalb Europas absteckten, in jenem Teil der Welt, den Europa als Kolonialraum beanspruchte. Herausragende Beispiele für dieses kollektive Handeln Europas sind die Berliner Konferenzen von 1878 und 1884. Auf der ersten wurde der osmanische Balkan aufgeteilt; auf der zweiten, der Berliner Westafrikakonferenz, legten die europäischen Mächte die Spielregeln fest, nach denen binnen weniger Jahr der gesamte afrikanische Kontinent erobert und von europäischen Kolonialmächten in Besitz genommen wurde.

Pointiert gesagt: Als kollektiver Akteur handelte Europa nur noch als globale Beutegemeinschaft und dort, wo innerhalb Europas durch ihr gemeinsames Eingreifen die Stabilität des europäischen Kontinents nicht gefährdet wurde. Als die europäischen Mächte diese Zurückhaltung in Europa aufgaben, lösten sie den Ersten Weltkrieg aus – das katastrophale Scheitern aller Versuche des 19. Jahrhunderts, Europa als kollektiven Akteur fähig zu machen, Konflikte einzudämmen.

Die Europäische Union baut ideell auf dieser leidvollen historischen Erfahrung auf, aber sie geht einen historisch gänzlich unerprobten Weg. Darin liegt ihre Originalität und die Hoffnung, die sich mit ihr verbindet.

Europäische Integration als föderaler Prozess: Grundfragen und kleinstaatliche Herausforderungen

Thomas Bruha / Emilia Breuss

Vorbemerkung

Kann die Europäische Union als Föderation begriffen werden und wenn ja, welcher Erkenntnisgewinn ist mit dieser Zuschreibung verbunden – im Allgemeinen wie mit Blick auf die besonderen integrationspolitischen Herausforderungen der europäischen Kleinstaaten? Diesen Fragen soll im Folgenden nachgegangen werden. Dabei stützen sich die Ausführungen nur zum Teil auf das Tagungsreferat des Co-Autors. Aus aktuellen Gründen stand damals die kritische Auseinandersetzung mit dem kurz zuvor ergangenen Lissabon-Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts¹ im Mittelpunkt von Vortrag und Diskussion. Verschiedene Aussagen des Urteils, die geradezu als «Denkverbote» in Richtung verfassungsgeschichtlich inspirierter föderaler Deutung der Europäischen Union verstanden werden können, reizten dazu, sie auf ihre «antithetischen» Gehalte zur föderalen Fragestellung der Tagung abzuklopfen und zu diskutieren. Die damaligen Ausführungen sind für den Zweck dieses Beitrags gekürzt und im Gegenzug durch einige ausführlichere Überlegungen zur föderalen Natur der Europäischen Union und den hiermit verbundenen kleinstaatlichen Herausforderungen erweitert worden. Dabei konnte zum Teil auf die jüngst erschienene Dissertation der Co-Autorin² zurückgegriffen werden, welche sich den kleinstaatlichen Herausforderungen der europäischen Integration verstanden als föderaler Prozess in einer im Rahmen dieses Beitrags nicht möglichen umfassenden Weise und Detailliertheit widmet.

1 BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30. 6. 2009, BVerfGE 123, S. 276 ff.

2 Emilia Breuss, Die Zukunft des Kleinstaates in der Europäischen Integration. Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Fürstentums Liechtenstein, Liechtenstein Politische Schriften Bd. 49, 2011.

I. Herausforderungen und Optionen

1. Kleinstaat und europäische Integration

Die Herausforderungen, denen sich kleine Staaten wie Liechtenstein angesichts der europäischen Integration gegenüber gestellt sehen, sind als Variante des allgemeinen Problems zu verstehen, wie mit Interdependenz umzugehen ist.³ Interdependenz, also wechselseitige Abhängigkeit und Verflechtung,⁴ ist ein Phänomen, dem sich kleine wie grosse Staaten im Zuge der Globalisierung zunehmend stellen müssen. Wenn die Herausforderungen also prinzipiell die gleichen sind, so heisst dies nicht, dass sie in concreto für grosse und kleine Staaten dieselben sind. Zunächst einmal sind kleinere Staaten gewöhnt, in Abhängigkeit zu leben. Ihre strukturelle Knappheit macht externe Verflechtungen in Form von Austausch- und Abhängigkeitsbeziehungen «lebensnotwendig», damit aber auch besonders prekär: Störungen dieser existenziellen Beziehungen treffen kleinere Staaten im Allgemeinen unmittelbarer und intensiver. Ihre Sensitivität und Vulnerabilität gegenüber Störungen der Austausch- und Abhängigkeitsbeziehungen ist vergleichsweise ausgeprägter als bei den grösseren Staaten.⁵

Damit verbunden unterscheiden sich aber auch die Strategien des Umgangs mit Interdependenz. Auf Grund ihrer grösseren Empfindlichkeit und Verletzlichkeit sind kleinere Staaten in besonderer Weise darauf bedacht, nicht in «Abhängigkeitsdilemmata»⁶ zu geraten. Zu diesem Zweck ist ihnen an Austausch- und Abhängigkeitsbeziehungen mit möglichst vielen Staaten gelegen und nicht etwa nur mit einem «grossen Nachbarn». Das lässt sich nicht immer realisieren, wie das Beispiel der einseitigen Abhängigkeiten Liechtensteins in den verschiedenen Phasen

3 Dazu schon Peter Geiger / Arno Waschkuhn (Hrsg.), *Liechtenstein: Kleinheit und Interdependenz*, Liechtenstein Politische Schriften Bd. 14, 1990; zur Herausforderung der Europäischen Integration dort Thomas Bruha, *Liechtenstein im europäischen Integrationsprozess*, ebd., S. 181 ff.

4 Karl Zemanek, *Interdependence*, in: Bernhardt (Hrsg.), *EPIL*, Bd. II, S. 1021 ff. (1995).

5 Arno Waschkuhn, *Strukturbedingungen des Kleinstaates und ihre Auswirkungen auf den politischen Entscheidungsprozess*, in: Geiger / Waschkuhn, ebd., S. 13 ff., 16.

6 Sieglinde Gsthöl, *Flexible Integration von Kleinstaaten*, 2001, S. 43.

seiner durch «Zollanschlusspolitik» geprägten Nachbarschaftsbeziehungen, zunächst mit Österreich, sodann mit der Schweiz zeigen.⁷ Mit der vom EU-Binnenmarktprozess nicht intendierten, aber bewirkten Öffnung der Gemeinschaft für Nicht-Mitgliedstaaten, zunächst in Form des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR), sodann in einer Folge mehrerer EU-Erweiterungen, ist einem kleinen, aber hoch entwickelten Wirtschaftsplatz wie Liechtenstein ein geradezu ideales System multinationaler Partnerschaft mit mittlerweile 30 Staaten und mehr als 500 Millionen Einwohnern geboten worden. Von der Option, seine bislang eher einseitige und bilaterale Abhängigkeit von der Schweiz durch multinational gefächerte Beziehungen zu erweitern und damit das «Abhängigkeitsdilemma» zu reduzieren, hat Liechtenstein klug (und mutig) Gebrauch gemacht.⁸ Die Erfolgsbilanz der institutionellen Verflechtung Liechtensteins mit der Europäischen Union im Rahmen des EWR kann sich sehen lassen, ja ist beeindruckend.⁹ Die Mitgliedschaft im EWR stellt vorläufig die zeitgemäße Antwort auf die europapolitischen Herausforderungen Liechtensteins dar.

2. EWR-Mitgliedschaft und EU-Beitrittsoption

Die Vorzüge einer Mitgliedschaft im EWR dürfen jedoch nicht den Blick auf seine Defizite und Risiken verstellen. Zunächst ist der EWR ein im Kern auf die wirtschaftliche Integration beschränkter völkervertraglicher Zusammenschluss, dem insbesondere die politische Finalität der Europäischen Union und damit auch die mit ihr verbundenen Statusrechte der Unionsbürgerschaft fehlen. Zwar gewährt er mit Einschränk-

7 Siehe zu den bilateralen Integrationsbeziehungen Liechtensteins zu Österreich und zur Schweiz im Überblick Thomas Bruha / Katja Gey-Ritter, *Kleinstaat und Integration: Liechtenstein im europäischen Integrationsprozess und in der Welthandelsordnung*, Archiv des Völkerrechts 36 (1998), S. 154 ff., 156 ff. m. w. N.

8 Bruha / Gey-Ritter, S. 159 ff. m. w. N.

9 Siehe dazu Heiko Prange, *Liechtenstein im Europäischen Wirtschaftsraum. Wirtschaftliche Erfolgsbilanz eines Kleinstaates?*, Liechtenstein Politische Schriften Bd. 29, 2000; ferner Thomas Bruha / Zoltán Tibor Pállinger / Rupert Quaderer (Hrsg.), *Liechtenstein – 10 Jahre im EWR. Bilanz, Herausforderungen, Perspektiven*, Liechtenstein Politische Schriften Bd. 40, 2005.

kungen die Freizügigkeitsrechte der Unionsbürgerschaft.¹⁰ Ein «droit de citoyen» vermittelt der EWR aber nicht.¹¹ Darüber hinaus fehlt ihm eine der EU-Mitgliedschaft vergleichbare Stabilität. Trotz der jüngst in den Lissabon-Vertrag eingefügten Austrittsklausel¹² ist die EU-Mitgliedschaft auf Dauer angelegt. Demgegenüber weist das EWR-Abkommen eine klassische Kündigungsklausel¹³ auf, von der bislang allerdings nur beim Übertritt Österreichs, Schwedens und Finnlands auf die Seite der Union Gebrauch gemacht worden ist. Einen weiteren Wechsel eines der nur noch drei EWR-EFTA-Staaten zur Union dürfte dem Abkommen die Existenzgrundlage entziehen. Seit Juli 2009 ist der EU-Beitrittsantrag des EWR-Mitgliedstaates Island auf dem Tisch. Seit Juli 2010 wird über ihn verhandelt. Ein EU-Beitritt Islands schon im nächsten Jahr, wenn es denn seine Bevölkerung so will, ist nach Ansicht von Experten nicht unwahrscheinlich. Der EWR ist für Kleinstaaten eine attraktive Integrationsform solange es ihn auf absehbare Zeit gibt. Dieser Zeitpunkt dürfte überschritten sein. Es besteht für Liechtenstein die absolute Notwendigkeit, sich auf eine Zeit «nach dem EWR» einzustellen, ohne dass dessen Ende damit herbei geredet werden soll.

In diesem Zusammenhang erfährt die Frage nach der föderalen Natur der Europäischen Union ihre besondere kleinstaatliche Bedeutung: Es ist evident und steht daher ausser Frage, dass die Mitgliedschaft eines Staates von der Grösse Liechtensteins die Europäische Union vor nicht unerhebliche Probleme stellen würden. Institutionell ist sie zurzeit nicht auf die Aufnahme eines derart kleinen Staates zugeschnitten.¹⁴ Anderer-

10 Art. 21 AEUV; zur dynamischen Entwicklung der Unionsbürgerschaft, die sich nicht ohne weiteres auf den EWR übertragen lässt, zuletzt Walter Obwexer, Grundfreiheit Freizügigkeit. Das Recht der Unionsbürger, sich frei zu bewegen und aufzuhalten, als fünfte Grundfreiheit, Wien 2009.

11 Thomas Bruha / Katrin Alsen, EWR, EU-Mitgliedschaft und neue Nachbarschaftspolitik der Europäischen Union, in: Bruha / Pällinger / Quaderer (Anm. 9), S. 161 ff., 186.

12 Art. 50 EUV. Kritisch zur Austrittsklausel in der Vorläuferversion des gescheiterten Verfassungsvertrages der Europäischen Union vom 29. Oktober 2004 Thomas Bruha / Carsten Nowak, Recht aus Austritt aus der Europäischen Union?, Archiv des Völkerrechts 42 (2004), S. 1 ff.

13 Art. 127 EWR-Abkommen.

14 Siehe bereits Thomas Bruha, Institutionellrechtliche Anforderungen einer EG-Mitgliedschaft Liechtensteins auf der Ebene der Gemeinschaftsorgane. Gutachten für das Liechtenstein-Institut, BERN 1992.

seits ist zu betonen, dass die Europäische Union einen Beitrittsantrag nicht einfach mit Verweis auf «zu geringe Grösse» negativ bescheiden kann. Den Gründungsverträgen der Gemeinschaft, ihrer Entstehungsgeschichte sowie den Zielsetzungen der europäischen Integration ist ein «europäischer Integrationsauftrag»¹⁵ zu entnehmen, welcher allen europäischen Staaten legitime Anwartschaften auf eine EU-Mitgliedschaft einräumt, wie gross oder wie klein sie auch immer sind und wie zentral oder peripher¹⁶ sie in Europa gelegen sein mögen. Schwierigkeiten ist gegebenenfalls durch institutionelle Anpassungen zu begegnen, die ihre Grenze in der Handlungsfähigkeit der Europäischen Union finden. Beitrittsfähigkeit und Aufnahmefähigkeit der EU müssen zwar zusammenkommen.¹⁷ Diese Deckung herzustellen hat jedoch im Wege praktischer Konkordanz durch Anpassungsleistungen auf beiden Seiten zu erfolgen. Der Europäischen Union ist es verwehrt, sich in das «Schneckenhaus» ihres gegebenen institutionellen Gefüges zurückziehen und Beitrittsanträge mit dem Argument seiner nicht weiteren Belastbarkeit durch Neubetriebe «abblitzen» zu lassen. Wo diese Herstellung praktischer Konkordanz nicht gelingt oder eine EU-Mitgliedschaft aus sonstigen Gründen nicht in Betracht kommt (z. B. auch weil sie seitens des Drittstaates gar nicht angestrebt wird), sind europäischen Staaten Integrationsoptionen unterhalb der EU-Mitgliedschaft auf einem dieser möglichst nahe kommenden, hohen Niveau in Aussicht zu stellen (Grundsatz «best-möglicher Partizipation» bzw. «Integration»¹⁸).

15 Siehe grundlegend dazu Katrin Alsen, *Der europäische Integrationsauftrag der EU – Überlegungen zur Erweiterungs-, Assoziierungs- und Nachbarschaftspolitik der EU aus der Warte einer europäischen Prinzipienlehre*, Berlin 2009; zuvor schon Thomas Bruha, *Europäischer Integrationsauftrag und Integrationsfähigkeit der EU. Anmerkungen zur Neuen Erweiterungsstrategie der EU*, in: Schäfer/Wass von Czege (Hrsg.), *Das gemeinsame Europa – viele Wege, kein Ziel?*, 2007, S. 201 ff.

16 Dieses Kriterium hat ersichtlich bei der Lancierung der Europäischen Nachbarschaftspolitik im Jahr 2003 eine massgebliche, aber rechtlich nicht zulässige Rolle gespielt. Siehe dazu schon Bruha / Alsen (Anm. 11), S. 179 ff.

17 So der Kerngehalt der «Neuen Erweiterungsstrategie» der EU, dazu mit weiteren Nachweisen Bruha (Anm. 15), S. 205 ff.

18 So schon Thomas Bruha / Oliver Vogt, *Rechtliche Grundfragen der EU-Erweiterung, Verfassung und Recht in Übersee* 30 (1997), S. 477 ff., 500; ausführlich mit weiteren Nachweisen Alsen (Anm. 15), S. 156 ff., 216.

II. Die Europäische Union als Föderation verstehen

1. Bedeutung der Fragestellung

Welchen institutionellen Spielraum für die gebotene Abwägung zwischen den Zielen der Erweiterung und der Vertiefung der Europäischen Union gewähren nun aber die Gründungsverträge? Mit dem Hinweis darauf, dass die EU-Mitgliedstaaten «Herren der Verträge»¹⁹ und damit frei seien, diese nach Belieben zu ändern und z. B. den Mitgliedschaftserfordernissen besonders kleiner Staaten anzupassen, kann es ersichtlich nicht sein Bewenden haben. Der Europäischen Union ist zwar kein bestimmter Typus supranationaler Organisation und post-nationaler Demokratie aufgegeben. Im Zuge der Errichtung und Fortentwicklung der Gemeinschaft und der Gründungsverträge formen die Mitgliedstaaten jedoch permanent eine konstitutionelle Identität, deren materielle Legitimation zu einem guten Stück in der Kontinuität der Verfassungsentwicklung und ihrer inneren Stimmigkeit und Konsistenz besteht. Etwaige Änderungen und Anpassungen dieses verfassungsrechtlichen Gefüges mit Blick auf die Mitgliedschaft besonders kleiner Staaten sind daher sorgfältig darauf hin zu überprüfen, ob sie sich in die verfassungsrechtliche Grundkonzeption der Gemeinschaft einfügen.

Kann aber die hier diskutierte föderale Deutung der Gemeinschaft dabei überhaupt behilflich sein? Lenkt sie nicht von der eigentlich juristischen Aufgabe ab, Normen mit Blick auf ihren Wortlaut, ihren Kontext und die mit ihnen verfolgten Zwecke auszulegen, indem ihnen im Lichte einer mehr oder weniger diskutablen Annahme ein im Text nicht nachweisbarer meta-juristischer Erklärungsgehalt beigemessen wird? Dazu ist zunächst zu sagen, dass eine hinreichend begründete «föderale Leseart» des Unionsrechts durchaus eine legitime Form der Auslegung sein kann. Sie kann als Anwendungsfall der Methode des rechtswissenschaftlichen Konstruktivismus²⁰ verstanden werden, worunter im vorliegenden Zusammenhang die Heranziehung von Begriffen und Kategorien aus dem Verfassungs- und Völkerrecht auf die Europäische Union

19 So insbesondere die in der Maasgtricht-Entscheidung (Anm. 31) verwendete Formel des deutschen Bundesverfassungsgerichts, siehe S. 190.

20 Dazu jüngst Kye I. Lee, Die Struktur der juristischen Entscheidung aus konstruktivistischer Sicht, 2010.

unter Berücksichtigung ihrer Besonderheiten zu verstehen ist.²¹ Für die Deutung der Gründungsverträge als «Verfassung» der Europäischen Union ist dies ausführlich begründet worden.²² Die «Verfassungsleseart» der Gründungsverträge wird weithin akzeptiert, wenn es auch gewichtige Gegenstimmen gibt.²³ Wenn dies so ist, dann ist auch eine «föderale Leseart» der Gründungsverträge legitim. Föderalismus ist ein allgemeines Ordnungs- bzw. Organisationsprinzip, dessen Ziel die Herstellung eines einheitlichen Ganzen bei gleichzeitiger Wahrung der Vielfalt der Einzelteile ist.²⁴ «Einheit in der Vielfalt – Vielfalt in der Einheit»²⁵ und das hierauf ausgerichtete Zusammenspiel von «Integration und Subsidiarität»²⁶ sind seine Bauprinzipien. Niemand bestreitet, dass diese Grundsätze auch die Konstruktionsprinzipien der Europäischen Union sind.²⁷ Die Europäische Union ist als Föderation zu verstehen.²⁸

-
- 21 Siehe Peter Häberle, *Europäische Verfassungslehre*, 4. Aufl. 2006, S. 284 ff.; Armin von Bogdandy, Grundprinzipien, in: ders./ Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Aufl., Berlin 2009, S. 13 ff., 17 ff. (ausführlichere Nachweise bei Breuss, Anm. 2, S. 4).
- 22 Siehe statt vieler Anne Peters, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, 2001, S. 163 ff.; ferner Armin von Bogdandy/Jürgen Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Aufl., Berlin 2009. Ausführlich zum Ganzen im Rahmen der Fragestellung dieses Beitrags zuletzt auch Breuss (Anm. 2), S. 17 ff.
- 23 Insbesondere Dieter Grimm, *Braucht Europa eine Verfassung?*, *Juristenzeitung* 1995, S. 581 ff. und zahlreiche weitere Schriften.
- 24 Breuss (Anm. 2), S. 44 m. w. N.
- 25 Peters (Anm. 22), S. 183
- 26 Grundlegend Stefan Oeter, *Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht – Untersuchung zur Bundesstaatstheorie unter dem Grundgesetz*, 1998; ferner Daniel Halberstam, *Zur Theorie und Praxis des Föderalismus: Subsidiarität, Integration und der sanfte europäische Verfassungswandel*, in: Joerges/Mahlmann/Preuss (Hrsg.), *Schmerzliche Erfahrungen der Vergangenheit und der Prozess der Konstitutionalisierung Europas*, 2008, S. 150 ff.
- 27 Siehe etwa Siegfried Magiera, *Föderalismus und Subsidiarität als Rechtsprinzipien der Europäischen Union*, in: Schneider/Wessels (Hrsg.), *Föderale Union – Europas Zukunft?*, 1994, S. 71 ff.; Thomas Bruha, *Das Subsidiaritätsprinzip im Recht der Europäischen Gemeinschaft*, in: Riklin/Batliner (Hrsg.), *Subsidiarität. Ein interdisziplinäres Symposium*, Liechtenstein Politische Schriften Bd. 19, 1994, S. 373 ff., 378 ff.
- 28 Siehe aus dem deutschsprachigen Schrifttum (in chronologischer Folge) Hartwig Bülck, *Föderalismus als nationales und internationales Ordnungsprinzip*, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL)* Bd. 21 (1964), S. 1 ff.; Heinhard Steiger, *Staatlichkeit und Überstaatlichkeit. Ein Untersuchung zur rechtlichen und politischen Stellung der Europäischen Gemeinschaften*, 1966; Ulrich Everling, *Zur föderalen Struktur der Europäischen Gemeinschaft*, in:

Um was für einen Typus von Föderation handelt es sich aber im Fall der Europäischen Union? Dies ist die zentrale Frage. Der Begriff selbst ist schillernd und mit divergierenden Vorverständnissen und Vorurteilen behaftet.²⁹ In der Gegenwart finden sich ebensoviel unterschiedliche Ausprägungen wie es föderal konstituierte Staaten und sonstige Gebilde (wie die Europäische Union) gibt. Angesichts dessen kann insbesondere ein Blick in die Verfassungsgeschichte hilfreich sein, Entwicklungsschichten und Bedeutungsgehalte freizulegen, was im Rahmen dieser Tagung ja gerade geschehen sollte. Dabei ist allerdings Sorge zu tragen, sich nicht nur auf einzelne föderale Verfassungsräume und deren «Entwicklungspfade» zu beschränken. Dies kann zu einer unkritischen Verfestigung von Zurechnungen führen, die mit Blick auf die Besonderheiten der Europäischen Union und den Zeitabstand zu den historischen Staatenzusammenschlüssen gerade zu hinterfragen wären.

Festschrift für Karl Doehring, 1989, S. 179 ff.; Clemens Stewing, Supranationalität und Föderalismus in der Europäischen Union, 1992; Stephan Mazan, Das föderative Prinzip in der Europäischen Union, 1996; Armin von Bogdandy, Supranationaler Föderalismus als Idee und Wirklichkeit einer neuen Herrschaftsform, 1999; Wolfgang Graf Vitzthum (Hrsg.), Europäischer Föderalismus. Supranationaler, subnationaler und multiethnischer Föderalismus in Europa, 2000; Daniel Thürer, Föderalistische Verfassungsstrukturen für Europa, *Integration* 2000, S. 89 ff.; Stefan Oeter, Föderalismus, in: von Bogdandy (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2003, S. 59 ff.; Christoph Schönberger, Die Europäische Union als Bund – zugleich ein Beitrag zur Verabschiedung des Staatenbund-Bundesstaat-Schemas, *Archiv des öffentlichen Rechts* 129 (2004), S. 81 ff.; Stefan Oeter, Föderalismus und Demokratie, in: von Bogdandy/Bast, *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Aufl. 2009, S. 73 ff. Aus dem nicht deutschsprachigen Schrifttum (ebenso in chronologischer Folge) etwa: Mauro Capelletti/Monica Seccombe/Joseph Weiler (eds.), *Integration through Law: Europe and the American Federal Experience*, 1986; Rey Koslowski, *Understanding the European Union as a Federal Polity*, in: Christiansen/Jorgensen/Wiener (eds.), *The Social Construction of Europe*, 2001, S. 32 ff.; Michael Burgess, *Comparative Federalism – Theory and Practice*, 2006; Olivier Beaud, *Théorie de la Fédération*, 2007; Robert Schütze, *On «federal» ground: the European Union as an (international) Phenomenon*, *Common Market Law Review* 2009, S. 1069 ff.; ders., *From Dual to Cooperative Federalism: The Changing Structure of European Law*, 2009; Stefan Oeter, *Federalism and Democracy*, in: von Bogdandy/Bast (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, 2. Aufl., 2010, S. 55 ff.

29 Stefan Oeter, *Europäischer Föderalismusstreit: Eine Unionsverfassung jenseits von Bundesstaat und Staatenbund?* *Liechtensteinische Juristenzeitung* (28) 2007, S. 70 ff., 73 ff.

2. Matrix der Bundesstaat-Staatenbund Dichotomie

Dies trifft insbesondere auf das der deutschen föderalistischen Tradition behaftete Denken in den Gegensatzpaaren Bundesstaat als verfassungsrechtliches Konstrukt und Staatenbund als einer auf völkervertraglicher Vereinbarung beruhenden Vereinigung souveräner Staaten zu.

Dieser schon vor Entstehung des Grundgesetzes kritisierten Sichtweise³⁰ hängt nach wie vor das deutsche Bundesverfassungsgericht an, trotz der in der Maastricht-Entscheidung³¹ kreierten Beschreibung der Europäischen Union als eines «Staatenverbundes», der weder Bundesstaat noch Staatenbund sei. Allein, das genuin Eigenständige dieser neologistischen Zuschreibung wird kaum positiv gewürdigt. Stattdessen findet mehr im Stile einer «Defizitbeschreibung» eine «Negativdefinition» der Europäischen Union gemessen an der Hintergrundfolie nationalstaatlicher Bundesstaaten statt. So heisst es an den entscheidenden Stellen des Maastricht-Urteils:

«Die Europäische Union ist nach ihrem Selbstverständnis [...] ein auf eine dynamische Entwicklung angelegter [...] *Verbund demokratischer Staaten*; nimmt er hoheitliche Aufgaben wahr und übt dazu hoheitliche Befugnisse aus, sind es zuvörderst die *Staatsvölker der Mitgliedstaaten*, die dies über die nationalen Parlamente demokratisch zu legitimieren haben. [...]. Im *Staatenverbund der Europäischen Union* erfolgt [...] demokratische Legitimation notwendig durch die Rückkoppelung des Handelns europäischer Organe an die Parlamente der Mitgliedstaaten; hinzu tritt – im Masse des Zusammenwachsens der europäischen Nationen zunehmend – innerhalb des institutionellen Gefüges der Europäischen Union die Vermittlung demokratischer Legitimation durch das von den Bürgern der Mitgliedstaaten gewählte Europäische Parlament.»³²

Das klingt mehr nach Staatenbund denn Bundesstaat, wenn dies auch nicht ausdrücklich so gesagt wird.

30 Siehe unten, S. 42 ff.

31 BVerfG, 2 BvR 2134 vom 12. 10. 1993, BVerfGE 89, S. 155 ff.

32 Ziffern 96 ff. der Entscheidung, Hervorhebung durch die Verf.

Im eingangs erwähnten Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 30. Juni 2009³³ wird diese Begrifflichkeit nun wieder aufgenommen und wie folgt beschrieben:

«Der Begriff des Verbundes (also: des Staatenverbundes) erfasst eine enge, auf Dauer angelegte *Verbindung souverän bleibender Staaten*, die auf *vertraglicher Grundlage* öffentliche Gewalt ausübt, deren *Grundordnung* jedoch *allein der Verfügung der Mitgliedstaaten unterliegt* und in der die *Völker* – das heisst die *staatsangehörigen Bürger* – *der Mitgliedstaaten die Subjekte demokratischer Legitimation* bleiben.»³⁴

Oder kurz: die Europäische Union sei nicht mehr als eine «Vertragsunion souveräner Staaten».³⁵

Damit wird dem politischen System der Europäischen Union nicht nur der Charakter einer genuin eigenständigen politischen Einheitsbildung zwischen den Polen – oder besser – jenseits von Bundesstaat und Staatenbund abgesprochen; ungeschminkt wird auch «dekretiert», dass die Europäische Union nicht als ein *Bundesstaat im Werden* verstanden werde dürfe:

«Nicht nur aus der Sicht des Grundgesetzes handelt es sich bei der Beteiligung Deutschlands an der Europäischen Union indes *nicht um die Übertragung eines Bundesstaatsmodells auf die europäische Ebene*, sondern um die *Erweiterung des verfassungsrechtlichen Föderalmodells um eine überstaatlich kooperative Dimension*. Auch der Vertrag von Lissabon hat sich gegen das Konzept einer europäischen Bundesverfassung entschieden, in dem ein europäisches Parlament als Repräsentationsorgan eines damit konstitutionell verfassten neuen Bundesvolkes in den Mittelpunkt träge. Ein auf Staatsgründung zielender Wille ist nicht feststellbar.»³⁶

Mit diesen und anderen Ausführungen im Urteil nimmt das Bundesverfassungsgericht schwerwiegende normative Beschreibungen, Beschnei-

33 Anm. 1.

34 Ziffer 229 der Entscheidung, Hervorhebung durch die Verf.

35 Leitsatz 3 der Entscheidung.

36 Ziffer 227 der Entscheidung, Hervorhebung durch die Verf.

dungen und Begrenzungen des Integrationsprozesses vor, die ihre Grundlage in einem unreflektierten und unhistorischen Verständnis von Souveränität und Demokratie haben. Das Gericht legt ein nationalstaatliches Demokratieverständnis der «Selbstbestimmung des Volkes» zugrunde, wie es im Anschluss an die französische Revolution im 19. Jahrhundert entwickelt wurde. Aber es berücksichtigt nicht die Wirklichkeit des Nationalstaates und die Bedingungen und Möglichkeiten seiner Existenz in der Gegenwart.³⁷ Die Richter des 2. Senats des Bundesverfassungsgerichts scheinen den Kategorien herkömmlicher Nationalstaatlichkeit verhaftet zu sein. Der Begriff der Souveränität, ausschliesslich bezogen auf den Staat, wird gebetsmühlenartig wiederholt, sechsundzwanzig mal in den verschiedensten Konnotationen (während er sich im Text des Grundgesetzes nicht ein einziges mal findet).

Kein Wort auch dazu, worin Souveränität angesichts der vielfältigen Bindungen und Interaktionen im Rahmen der europäischen Integration sowie darüber hinaus (UNO, WTO, internationaler Menschenrechtsschutz und Strafgerichte, usw.) überhaupt bestehen kann; was Souveränität – wenn man an dem Begriff denn festhalten will – heutzutage ausmacht.³⁸ Stattdessen wiederum mehrfach wiederholte Floskeln wie die von der Eigenschaft der Mitgliedstaaten als «*Herren der Verträge*» – passend zum Topos «*Vertragsverbund souveräner Staaten*». Aber stimmt das alles überhaupt? Als «Herren der Verträge» wird man die Mitgliedstaaten der Union allenfalls als Kollektiv bezeichnen können; nur gemeinsam - und das heisst einstimmig - können sie über das Gemeinschaftsrecht und die Verträge verfügen; nicht jedoch einseitig.³⁹

Das Bundesverfassungsgericht sieht das anders: Explizit wird Deutschland nicht nur das Recht, sondern sogar die Pflicht zuerkannt, aus der Europäischen Union auszutreten, solle sich diese in einer bundesstaatsähnlichen Weise entwickeln. Zu diesem Zweck wird der sog. Ewigkeitsgarantie in Art. 79 Absatz 3 des Grundgesetzes eine nicht überschreitbare Grenze der europäischen Integration entnommen. Das

37 Heinhard Steiger, Staatlichkeit und Mitgliedstaatlichkeit – Deutsche staatliche Identität und Europäische Integration, in: Hatje/Terhechte, (Hrsg.), Grundgesetz und europäische Integration. Die Europäische Union nach dem Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, Europarecht, Beiheft 1/2010, S. 57 ff.

38 Steiger, in einer unveröffentlichten frühen Version des in Anm. 37 genannten Beitrags.

39 Steiger, a. a. O.

Grundgesetz ermächtigt nicht zur Einbindung Deutschlands in einen europäischen Bundesstaat.⁴⁰ Deutschland dürfe sich nur solange an der Europäischen Integration beteiligen, wie die für die demokratische Selbstbestimmung «wesentlichen Gesetzgebungszuständigkeiten» nicht überwiegend an die Europäische Union abgetreten sind:

«Ein nach Art. 23 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 *nicht hinzunehmendes strukturelles Demokratiedefizit* läge vor, wenn der Kompetenzumfang, die politische Gestaltungsmacht und der Grad an selbständiger Willensbildung der Unionsorgane *ein der Bundesebene im föderalen Staate entsprechendes (staatsanaloges) Niveau erreichte*, weil etwa die für die demokratische Selbstbestimmung wesentlichen Gesetzgebungszuständigkeiten überwiegend auf Unionsebene ausgeübt würden. Wenn sich im Entwicklungsverlauf der europäischen Integration ein *Missverhältnis* zwischen Art und Umfang der ausgeübten Hoheitsrechte und dem Mass an demokratischer Legitimation einstellt, obliegt es der Bundesrepublik Deutschland aufgrund ihrer Integrationsverantwortung, auf eine Veränderung hinzuwirken und im *äussersten Fall sogar ihre weitere Beteiligung an der Europäischen Union zu verweigern.*»⁴¹

Diese Koppelung von «bundesstaatlichem Entwicklungsverbot» mit einem «Verweigerungs-» und «Austrittsgebot», sollten der Europäischen Union bundesstaatsähnliche Befugnisse zuwachsen, grenzt an «schizophrene Doppelbindung»,⁴² aus der es keinen verfassungsrechtlichen Ausweg gibt. Auch verkennt diese Sichtweise die politische wie rechtliche Aufeinanderbezogenheit von deutscher Staatlichkeit und europäischer Integration – von 1949 über die deutsche Wiedervereinigung 1989/90 bis zum heutigen Tage.

Die Lissabon-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ist statisch, abwehrend / defensiv, nicht konstruktiv-prospektiv. Sie bringt den Integrationsprozess nicht weiter, sondern ist rückwärtsgewandt.⁴³ Im

40 Ziffern 226 und 288 der Entscheidung.

41 Ziffer 264 der Entscheidung, Hervorhebung durch die Verf.

42 Christoph Schönberger, Lisbon in Karlsruhe: Maastricht's Epigones At Sea, German Law Journal 2009, S. 1201 ff., 1210.

43 Daniel Halberstam / Christoph Möllers, The German Constitutional Court says «Ja zu Deutschland», ebd., S. 1241 ff.

längsten «Europa-Urteil» des Bundesverfassungsgerichts aller Zeiten⁴⁴ wird der Europäischen Union im Wesentlichen negativ «dekretiert», was sie *nicht* ist und was sie *nicht* sein soll. Es findet praktisch eine «Abstandsmessung» gegenüber nationalstaatlichen Föderalismusvorbildern statt, eine Art «Skalierung» der Europäischen Union an der Messlatte eines sehr spezifischen, etatistisch geprägten Bundesstaats-Staatenbundesverständnisses. Das wird den Besonderheiten der europäischen Integration nicht gerecht und lässt ein generell überholtes Verständnis von Souveränität und Selbstbestimmung erkennen. Wie soll denn auf der europäischen Ebene «souveräne Selbstbestimmung» überhaupt funktionieren? Wenn, dann doch nur im Zusammenwirken mit den anderen Mitgliedstaaten der Union, den direkt gewählten Vertretern des Europäischen Parlaments, der Europäischen Kommission und anderen unabhängigen Einrichtungen wie etwa der Europäischen Zentralbank. Souveräne «Herren der Verträge» sind die Mitgliedstaaten also zunächst einmal gemeinsam handelnd, sozusagen im «Positiven»; einzeln handelnd kommt ihnen eine «Herrschaft über die Verträge» allenfalls im «Negativen» zu, nämlich bei der auch vom neuen Lissabon-Vertrag vorgesehenen Möglichkeit, aus der Union wieder auszutreten.⁴⁵ Nur insoweit mag man noch von einem einseitig bewirkten Akt «souveräner Selbstbestimmung» sprechen.

3. Die Europäische Union als post-nationale Föderation jenseits von Bundesstaat und Staatenbund

Der Ansatz des Bundesverfassungsgerichts, an dem das Gericht trotz einiger Korrekturen in jüngster Zeit⁴⁶ dem Grunde nach festhält, wird den historischen, politischen und rechtlichen Besonderheiten der europäi-

44 Die Entscheidung ist doppelt so lang wie das Maastricht-Urteil und seine mündliche Verkündung nahm 2 1/2 Stunden in Anspruch.

45 Steiger, Anm. 38.

46 Nach der Mangold-Entscheidung vom 6. Juli 2010 (BvR 2661/06) will das Bundesverfassungsgericht im Unterschied zu seiner bisherigen Rechtsprechung eine «Ultra-vires-Kontrolle» des Gemeinschaftsrechts nur noch dann in Anspruch nehmen, wenn das in Frage stehende Handeln der Unionsgewalt «offensichtlich kompetenzwidrig» und dies im Kompetenzgefüge zu einer «strukturell bedeutsamen Verschiebung» zu Lasten der Mitgliedstaaten führt (Leitsatz 1 der Entscheidung); vor der

schen Integration im Rahmen der Europäischen Union nicht gerecht. In ihrer rückwärtsgewandten und zu staatsbezogenen Sichtweise zeigen sich die Richter «blind» gegenüber der Existenz und den Eigenständigkeiten post-nationaler Föderation jenseits von Bundesstaat und Staatenbund. Es bedarf einer «positiven» Beschreibung der Europäischen Union, welche sich von einer etatistisch geprägten Bundesstaat-Staatenbund Dichotomie emanzipiert. Zu diesem Zweck ist zunächst einmal das historisch-politische Projekt der europäischen Integration ernst zu nehmen. Vor dem Hintergrund der Exzesse nationalstaatlichen Denkens in der von zwei Weltkriegen geprägten ersten Hälfte des vergangenen Jahrhunderts ist die europäische Integration als Versuch der Überwindung herkömmlicher Staatlichkeit zu verstehen, mittels derer Frieden und Wohlfahrt in einem historisch neuartigen Gefüge post-nationaler Staatlichkeit und Überstaatlichkeit verwirklicht werden sollen.⁴⁷ Die Vision eines europäischen Bundesstaates hat bei der Gründung der Europäischen Gemeinschaften zwar mit Pate gestanden, und zwar nicht unerheblich. Die Gründungseltern und frühen Gestalter der Gemeinschaft waren durchweg «Föderalisten», von Robert Schuman über Paul Henri Spaak und Walter Hallstein bis zu Konrad Adenauer und Alcide de Gasperi.⁴⁸ Für ihre klassisch föderalistische Sichtweise steht die berühmte Formulierung vom «unvollendeten Bundesstaat» des ersten Präsidenten der EWG-Kommission Walter Hallstein.⁴⁹ Diese Sichtweise war aber nie konkurrenzlos und hat im Laufe der bald sechzigjährigen, von Schritten funktionaler Integration geprägten Geschichte der Europäischen Gemeinschaften, ihre Strahlkraft weitgehend verloren. Für die gegenwärtige Union mit 27 und bald noch mehr Mitgliedstaaten dürfte die klassische föderale Perspektive dauerhaft kein Thema mehr sein.

Und dennoch geht parallel zur Erweiterung der Europäischen Union auch der Prozess der Vertiefung des Integrationsprozesses weiter. «Ausgleichselemente» in Form verstärkter intergouvernementaler Steuerung der Europäischen Union, etwa in Gestalt der mit dem Lissabon-

Annahme eines «Ultra-vires-Akts» sei die Angelegenheit ferner zuvor dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen (Leitsatz 2 der Entscheidung). Text des Urteils u. a. in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2010, S. 828 ff.

47 Siehe bereits Steiger (Anm. 28).

48 Oeter (Anm. 29), S. 71.

49 Walter Hallstein, *Der unvollendete Bundesstaat*, 1969.

Vertrag jetzt auch vertraglich ausgebauten Befugnisse der im Europäischen Rat zusammen kommenden Staats- und Regierungschefs der Mitgliedstaaten,⁵⁰ vermögen den generellen Befund nicht in Frage zu stellen. Sie drücken im Gegenteil das Essentielle der europäischen Integration als eines post-nationalen Zusammenschlusses aus, in welchem Mitgliedstaaten und supranationale Einrichtungen eine neue, nicht tendenziell bundesstaatlich-monistisch, sondern supranational-dual zu verstehende Form der Föderation eingehen. Auf relative Dauer und nicht nur als Übergangsphase wird ein «Verbundgefüge jenseits von Bundesstaat und Staatenbund»⁵¹ herausgebildet und stabilisiert, das sich durch eine Mischung bundesstaats- und staatenbundsähnlicher Elemente und deren Anreicherung mit genuin eigenständigen innovativen Bau- und Funktionsprinzipien auszeichnet. In der oft zu vernehmenden Bezeichnung der Europäischen Union / der Gemeinschaft als eines Gebildes *sui generis* steckt insoweit ein Quäntchen Wahrheit.⁵²

Der hybride Charakter, die Zwitterstellung der Gemeinschaftskonstruktion in dem erkenntlichen Bestreben, fortbestehende Eigenstaatlichkeit mit supranationaler Herrschaft zu verbinden, erfährt so seine Erklärung. Das Zusammenwirken von Parlament und Rat bei der Gesetzgebung, die Nichtverwirklichung des Prinzips gleicher Repräsentation in diesen und einer Reihe anderer Organe,⁵³ die Stellung der Kommission als Vertreterin des Allgemeininteresses, das janusköpfige Amt des Hohen Vertreters für die Aussen- und Sicherheitspolitik⁵⁴ wie überhaupt die spezifisch duale Austarierung eines «institutionellen Gleichgewichts» zwischen Repräsentativorganen der Mitgliedstaaten und diesen gegenüber nicht gebundenen Organen werden vor dem Hintergrund des Mischcharakters des Gemeinschaftssystems verständlich.⁵⁵ Gleiches gilt für die individualrechtliche Seite der Integration. So ist etwa die Unionsbürgerschaft⁵⁶ als ein bewusst dual konzipierter Status zu verste-

50 Art. 15 EUV.

51 Oeter (Anm. 29), S. 74.

52 Oeter, ebd., S. 75.

53 Etwa der Wirtschafts- und Sozialausschuss und der Ausschuss der Regionen.

54 Art. 18 EUV.

55 Oeter (Anm. 29), S. 75.

56 Grundlegend dazu Christoph Schönberger, Unionsbürger – Europas föderales Bürgerrecht in vergleichender Sicht, Tübingen, 2005.

hen, welcher auf der Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates aufbaut,⁵⁷ diese jedoch um einen gemeinschaftsrechtlichen Status «föderaler Bürgerschaft»⁵⁸ erweitert. Ist dieser einmal begründet, steht er nicht mehr zur freien Disposition der Mitgliedstaaten, auch nicht in «souveräner» Anwendung ihres Staatsangehörigkeitsrechts.⁵⁹

Diese Beispiele – institutionelles Gefüge und Unionsbürgerschaft – lassen sich leicht erweitern. So weisen auch die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union in Form der Gründungsverträge einen Mischcharakter auf. In ihrer Entstehung sind sie völkerrechtlicher Natur, in ihrer Geltung kommt ihnen angesichts ihrer verfassungstypischen Gehalte, ihres Vorrangs vor sekundärem Unionsrecht sowie ihrer erschweren Abänderbarkeit Verfassungsrang zu. Es ist bezeichnend, dass auf der Suche nach einem passenden Begriff für diese rechtliche Ambivalenz der Gründungsverträge der Terminus des *Verfassungsvertrages*⁶⁰ wieder entdeckt wurde, der im deutschsprachigen Raum in den 1920er Jahren von Carl Schmitt in seiner «Verfassungslehre des Bundes»⁶¹ kreiert wurde.

Es verwundert daher nicht, dass insbesondere in Deutschland zur Erklärung der föderalen Besonderheiten der Europäischen Union auf die dieser Begrifflichkeit zugrunde liegende *Theorie des Bundes* von Carl Schmitt Bezug genommen wird.⁶² Sie ist zwar anhand der historischen Erscheinungsformen des Bundes, vor allem des Deutschen Bundes, entwickelt worden. Wenn für den Zweck eines besseren Verständnisses der Europäischen Union auf die Bundeslehre zurückgegriffen wird, so jedoch nicht, weil die Union diesen historischen Gebilden substantiell gleicht, sondern weil die Bundeslehre Merkmale entwickelt hat, die auch

57 Art. 20 Abs. 1 AEUV.

58 Siehe den Beitrag von Christoph Schönberger in diesem Band.

59 Etwa durch den Entzug der Staatsangehörigkeit, siehe EuGH, Rs. C-135/08 (Rottmann), NVwZ 2010, S. 509.

60 Siehe «Vertrag über die Verfassung für Europa» vom 16. 12. 2004, ABl. 2004, C 310/1.

61 Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, Unveränderter Nachdruck der 1928 erschienen ersten Auflage, 1970, S. 363 ff., 366.

62 Die Bundeslehre von Carl Schmitt schon früh für die europäische Integration fruchtbar machend Steiger (Anm. 28), S. 143 ff.; aus jüngerer Zeit insbesondere Schönberger (Anm. 28); ders. Anm. 56; aus dem nichtdeutschen Sprachraum Beaud (Anm. 28).

abgelöst von ihren historischen Erscheinungen in neuen, wenn auch substantiell anders gearteten politischen Gebilden wirksam werden können. «Entscheidend ist nicht die Gleichartigkeit, sondern die Gleichgerichtetheit der Gebilde, nämlich die Zusammenfassung mehrerer selbständiger politischer Einheiten zu einer sie zwar bestehen lassenden aber doch übergreifenden Einzeit.»⁶³ Auf der Grundlage dieses Verständnisses ermöglicht die Bundeslehre in der Tat verblüffende Analogien zur hier diskutierten Problematik: Ausgehend von der Begriffsbestimmung gemäss derer der Bund als «eine auf freier Vereinbarung beruhende, dem gemeinsamen Zweck der politischen Selbsterhaltung aller Bundesmitglieder dienende, dauernde Vereinigung» zu verstehen sei, folgert Schmitt, dass die «Merkmale und Folgerungen dieses Begriffs [...] ohne Rücksicht auf die Unterscheidung von Staatenbund und Bundesstaat zu entwickeln» seien.⁶⁴ Die deutsche Staatsrechtslehre des 19. Jahrhunderts leide daran, «dass sie ganz von dem Interesse an einer Gegenüberstellung von Staatenbund (d. h. konkret gesprochen: des Deutschen Bundes von 1815) mit dem Bundesstaat (d. h. dem Deutschen Reich von 1871) beherrscht ist und nun für diese Unterscheidung möglichst einfache Antithesen sucht.» Damit stelle sie

«scheinbar klare und schlagende, in Wahrheit aber logisch seltsame oder unmögliche Alternativen auf: Der Staatenbund soll eine rein völkerrechtliche Beziehung sein, im Gegensatz zum Bundesstaat, der ein rein staatsrechtliches Subjekt ist; der eine beruht auf völkerrechtlichem Vertrag, der andere hat eine staatsrechtliche Verfassung; der eine ist ein Rechtsverhältnis, der andere ein Rechtssubjekt, usw. Bei solchen schematischen und bequemen Formeln, wird der gemeinsame Grundbegriff des ganzen Problems ausser acht gelassen und irgend eine für die jeweilige politische Lage interessante Einzelheit zum Begriffsmerkmal erhoben.»⁶⁵

Die Bundeslehre von Carl Schmitt sensibilisiert für den offenen und wandelbaren Charakter des Föderalismus als Form politischer Organisation und damit auch post-nationaler, überstaatlicher Föderationen

63 Steiger, S. 149.

64 Schmitt (Anm. 61), S. 366.

65 a. a. O.

bzw. Bünden. Sie schärft dabei insbesondere den Blick für die *Antinomien* des Bundes, die in der Dialektik von Sicherung staatlicher Existenz und Abhängigkeit (erste Antinomie), von Selbstbestimmung und Bundesintervention⁶⁶ (zweite Antinomie) und von Gesamtexistenz des Bundes und Einzelexistenz seiner Mitglieder (dritte Antinomie) besteht.⁶⁷

«Das Wesen des Bundes liegt in einem Dualismus der politischen Existenz, in einer Verbindung bundesmässigen Zusammenseins und politischer Einheit auf der einen Seite mit dem Weiterbestehen einer Mehrheit, einem Pluralismus politischer Einzelheiten auf der anderen Seite.»⁶⁸

Hieraus entstehenden Spannungen und Risiken des Auseinanderbrechens des Bundes sei durch eine die Mitgliedschaft bedingende und dauerhaft zu sichernde *Homogenität* der Mitglieder des Bundes vorzubeugen.⁶⁹ Die Frage, wem in diesem dualistischen System die Souveränität zukommt, müsse hingegen offen bleiben:

«Es gehört aber zum Wesen des Bundes, dass die Frage der Souveränität zwischen Bund und Gliedstaaten immer offen bleibt, so lange der Bund als solcher neben den Gliedstaaten existiert.»⁷⁰

Die Aktualität dieser und anderer Aussagen für Grundfragen und Gegenwartsprobleme der supranationalen Integration im Rahmen der Europäischen Union liegt auf der Hand. Und doch kann es ersichtlich nicht darum gehen, die Europäische Union anhand einer allgemeinen oder spezifischen (C. Schmitt) Bundeslehre zu «erklären». Vielmehr geht es darum, Deutungsangebote zum besseren Verständnis der Europäischen Union als post-nationaler Föderation jenseits von Bundesstaat und Staatenbund zu sammeln und zu aggregieren. Die Bundeslehre ist nicht als Blaupause, sondern als Hintergrundfolie zu verstehen, mittels derer sich gewisse Bauprinzipien der Union und die eine oder andere strukturelle

66 Interessant, dass Schmitt die Bundesintervention übrigens ausdrücklich nicht als «Fremdbestimmung» bezeichnet, S. 378.

67 S. 370 f.

68 S. 371.

69 S. 375 ff., 378 («seinsmässige substantielle Gleichartigkeit der Mitglieder»).

70 S. 373.

Besonderheit des supranationalen Föderalismus besser verstehen lassen. In dieser heuristischen Funktion ist die Bundeslehre durch föderale Rechtsvergleiche zu ergänzen, die am Beispiel bestehender oder historischer Föderationen Anschauungsmaterial und Erklärungsmuster für föderale Besonderheiten bereit stellen, die aus einer von etatistischem Bundesstaat-Staatenbund-Denken geprägten Perspektive häufig nur als Defizite erscheinen mögen. Das schliesst Kritik an den jeweiligen Befunden nicht aus. So ist die Verweigerungshaltung der Mitgliedstaaten gegenüber der Vergemeinschaftung von Aufgaben, die sich nicht mehr primär intergouvernemental bewältigen lassen, notorisch. Als Beispiel sei nur die Aussen- und Sicherheitspolitik erwähnt. Allein, die Defizite sind an den spezifischen Zielen der Union zu messen. Der Reformbedarf liegt nicht «im Abweichen von tradierten Blaupausen staatlicher Organisation, sondern in konkreten Unzulänglichkeiten des gemeinschafts-spezifischen Institutionensystems».⁷¹

III. Folgerungen für kleinstaatliche Partizipationsoptionen

1. Die doppelte Herausforderung: Staat als Raum individueller und kollektiver Freiheit

Eine Konkretisierung und Veranschaulichung der «bündischen» Besonderheiten der Europäischen Union als einer post-nationalen Föderation jenseits von Bundesstaat und Staatenbund soll hier nicht erfolgen. Dazu gibt es inzwischen eine Fülle hervorragender Veröffentlichungen.⁷² Und was die spezifisch durch vertikalen Rechtsvergleich mit historischen Vorbildern herausgearbeiteten Besonderheiten der Europäischen Union betrifft, so sollte ja gerade auch diese Tagung einen kleinen Beitrag dazu leisten, den europäischen Föderalismus im Lichte der Verfassungsgeschichte «besser zu verstehen». Anstelle eigener Ausführungen sei daher auf die anderen Beiträge in diesem Band verwiesen. Ausgehend davon, dass die europäische Integration die Staaten Europas in zweifacher Weise erfasst, als auf die kollektive Freiheitsidee bezogene politische Entschei-

71 Oeter (Anm. 29), S. 77.

72 Siehe allein die Literaturnachweise in Anm. 28.

dungs- und Wirkungseinheit, «res publica», und als auf die individuelle Freiheitsidee bezogener «Markt» frei zirkulierender Personen, Gedanken und Güter⁷³, sollen im Folgenden zwei Aspekte herausgegriffen und mit Blick auf die spezifisch kleinstaatlichen Herausforderungen diskutiert werden: erstens, die institutionelle Frage (Mitwirkungen kleiner Staaten in den europäischen Institutionen); zweitens, die individualrechtliche Seite am Beispiel der Unionsbürgerschaft und der mit ihnen verbundenen Freizügigkeitsrechte. In beiden Fällen wird exemplarisch auch auf Liechtenstein eingegangen.

2. Die institutionelle Frage: Demokratie und post-nationaler Föderalismus

Mit fortschreitender Vertiefung der Europäischen Union rückt gerade für europäische Drittstaaten, die auch als Nichtmitglieder von diesen Entwicklungen nicht unberührt bleiben, die Frage nach Möglichkeiten einer Teilhabe an den Entscheidungsprozessen der Europäischen Union in den Vordergrund. Aufgrund der Entscheidungsautonomie der EU stehen Drittstaaten, die über völkerrechtliche Abkommen mit der EU verbunden sind, allerdings keine bzw. nur sehr eingeschränkte Mitwirkungsrechte bei der Entstehung neuer EU-Regelungen zu. Auch die stärkste Form der Mitwirkung durch Drittstaaten im Rahmen des EWR geht über ein so genanntes *decision shaping* nicht hinaus, eine direkte Mitwirkung in den Entscheidungsprozessen der EU bzw. ein Stimmrecht bleibt allein den Mitgliedstaaten der EU vorbehalten.⁷⁴ Mit Blick auf Partizipationsoptionen eines Kleinstaates ist aber gerade seine ange-

73 Daniel Thürer, Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL) 50 (1991), S. 97 ff., 113 ff.; an diese heuristische Unterscheidung anknüpfend und spezifische Folgerungen für Liechtenstein ziehend Thomas Bruha, Staats- und völkerrechtliche Grundfragen einer EWR-Mitgliedschaft Liechtensteins, Liechtensteinische Juristenzeitung 13 (1992), S. 2 ff., 4 ff. (unter Mitarbeit von Markus Büchel).

74 Siehe näher zu den Mitwirkungsrechten Liechtensteins im Rahmen des EWR-Abkommens Andrea Entner-Koch, Statische und dynamische Elemente des EWR-Abkommens im Lichte des Decision Shaping, in: Baur (Hrsg.), Europäer-Botschafter-Mensch – liber amicorum für Prinz Nikolaus von Liechtenstein, Schaan 2007, S. 67 ff.

messene Repräsentation in den Entscheidungsorganen und somit das Ausmass seiner Mitbestimmungsrechte im Rahmen einer möglichen EU-Mitgliedschaft als eine zentrale, kleinstaatenspezifische Herausforderung zu sehen. So stösst etwa die Vorstellung einer eigenständigen Vertretung eines Kleinstaates im Rat der EU bzw. eigener Abgeordneter im Europäischen Parlament regelmässig auf Kritik. Ein endgültiges Überstrapazieren der schon bestehenden Überrepräsentation von kleineren EU-Mitgliedstaaten und damit verbunden einer mangelnden demokratischen Legitimation der EU wird befürchtet. Konkret wird insbesondere die mangelnde Verwirklichung des demokratischen Wahlrechtsgrundsatzes *one man one vote* im Europäischen Parlament sowie die Übermacht des Rates der EU im Entscheidungsverfahren beanstandet.⁷⁵ Kern des Problems solcher Demokratiedefizitthesen ist allerdings, dass sie sich am nationalstaatlichen Leitbild einer parlamentarischen Mehrheitsdemokratie orientieren, ohne den spezifischen Rechtscharakter der EU oder zumindest ihren föderalen Aufbau zu berücksichtigen.⁷⁶

Denn es handelt sich um ein typisches Merkmal aller föderalen Ordnungen, dass auch bei der Zusammensetzung ihrer Entscheidungsorgane eine stabile Balance zwischen dem Einheitsbestreben einerseits, und der Wahrung der Vielfalt der Glieder andererseits, gefunden werden muss. Das dadurch bestehende Spannungsfeld zwischen dem demokratischen Repräsentationsgrundsatz *one man one vote* und dem völkerrechtlichen Repräsentationsgrundsatz *one state one vote* rechtfertigt nicht nur die Zusammensetzung des Europäischen Parlaments nach dem Prinzip der degressiven Proportionalität,⁷⁷ sondern macht sich durchaus

75 Siehe dazu Marcel Kaufmann, *Europäische Integration und Demokratieprinzip*, Baden-Baden 1997, S. 256 ff.

76 Siehe dazu Jochen A. Frowein, *Die rechtliche Bedeutung des Verfassungsprinzips der parlamentarischen Demokratie für den europäischen Integrationsprozess*, *Europarecht*, Heft 4, 1983, S. 301 ff.; Oeter (Anm. 29), S. 75; Hans Peter Ipsen, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Tübingen 1972, § 6 Rn. 48.

77 Insoweit zutreffend die Maastricht-Entscheidung des deutschen Bundesverfassungsgerichts (Anm. 31), Rz. 100 ff.; dazu auch Rudolf Streinz, *Demokratische Legitimation der Rechtssetzung der Europäischen Gemeinschaft*, *Thüringer Verwaltungsblätter. Zeitschrift für öffentliches Recht und öffentliche Verwaltung* 6 (1997), S. 73 ff.; allgemein zur Rechtfertigung der Einschränkung, von Bogdandy, *Grundprinzipien*, in: ders. (Anm. 22), S. 62 ff.

auch in föderalen Staaten bemerkbar.⁷⁸ Der konkrete institutionelle Aufbau und vor allem auch die geeignete Form der Verwirklichung von Demokratie in einer bestimmten föderalen Ordnung können je nach ihren strukturellen Bedingungen bzw. dem bestehenden Konsolidierungsgrad beachtlich divergieren.

Die föderale Ordnung der EU ist strukturell insbesondere geprägt durch die Tatsache, dass – entgegen dem Verständnis der Souveränität als unteilbare Allzuständigkeit⁷⁹ – die Souveränität weder vollständig bei den EU-Mitgliedstaaten noch bei der Union gelagert ist.⁸⁰ Verbunden mit der offenen Souveränitätsfrage ist der partnerschaftliche Charakter der EU bzw. deren mangelnde Eignung für eine Hierarchisierung.⁸¹ Als weitere Besonderheit, die für die Frage einer dem spezifischen Rechtscharakter entsprechenden Ausformung des Demokratieprinzips vor allem von Bedeutung ist, ist die nach wie vor sehr hohe Heterogenität unter den Völkern bzw. Bürgern der EU zu nennen. Ein europäischer *Demos* im Sinne eines nationalen Zusammengehörigkeitsgefühls, das gerade für die Stabilität einer parlamentarischen Mehrheitsdemokratie als unabdingbar gilt, ist in der EU – wenn überhaupt – erst in sehr schwacher Ausprägung gegeben. Demnach wäre die Akzeptanz von einfachen Mehrheitsentscheiden durch die überstimmte Minderheit in der EU nicht gesichert.⁸²

Brendan O’Leary, ein führender Vertreter der Nationalismusforschung, schliesst deshalb aber nicht die Demokratiefähigkeit eines solchen politischen Systems aus, sondern fordert vielmehr, dass in – wie er sie nennt – multinationalen Föderationen eine funktionierende Demo-

78 So werden in Deutschland und Österreich bei der Zusammensetzung der Länderkammer beide Repräsentationsgrundsätze berücksichtigt, in Australien und den USA auch in der grossen Parlamentskammer, siehe dazu Schönberger (Anm. 42), S. 1215.

79 Siehe allgemein zur Entwicklung des Begriffs der Souveränität Utz Schliesky, Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt – Die Weiterentwicklung von Begriffen der Staatslehre und des Staatsrechts im europäischen Mehrebenensystem, Tübingen 2004, S. 57 ff.

80 Stefan Oeter, Souveränität und Demokratie als Probleme in der «Verfassungsentwicklung» der Europäischen Union, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 55 (1995), S. 659 ff., 685 m. w. N.

81 Siehe Schönberger (Anm. 28), S. 97.

82 Siehe dazu Simon Hix, The Political System of the European Union, Basingstoke 1999, S. 133 ff., 186 f.

kratie unbedingt konsoziative Elemente enthalten müsse.⁸³ In so genannten konsoziativen oder konkordanz-demokratischen Systemen ist die politische Entscheidungsfindung – im Gegensatz zu der in Mehrheitsdemokratien herrschenden Konkurrenz zwischen der gewählten Mehrheit und der überstimmten Minderheit – geprägt von Verhandlungsprozessen zwischen möglichst allen Beteiligten, regelmässig auch einschliesslich Vertretern der Zivilgesellschaft. Bei der Konfliktregelung in konsoziativen Demokratiemodellen steht dementsprechend die Suche nach Konsens und somit im Ergebnis eine autonomieschonende Machtbalance zwischen den verschiedenen Segmenten im Mittelpunkt,⁸⁴ was zudem dem partnerschaftlichen Charakter sowie der offenen Souveränitätsfrage der EU entspricht. Im Weiteren lässt ein Blick auf den bereits bestehenden institutionellen Aufbau der EU sowie ihren Konfliktregelungsmethoden im Rahmen der Entscheidungsfindung bereits klar konsoziative Eigenschaften erkennen.⁸⁵ So sind zum Einen der kollegiale Charakter der Kommission, deren Präsident als *primus inter pares* auftritt, ebenso wie die proportionale Repräsentation in den Organen, die auch kleinen Mitgliedern eine Mitwirkung ermöglicht, als für eine konsoziative Demokratie typische Merkmale einzustufen. Zum Anderen sprechen die Schutzmechanismen für Minderheiten im Rahmen der Entscheidungsfindung für eine Interpretation der EU als eine konsoziative

83 Brendan O’Leary, An iron law of nationalism and federation? A (neo-Diceyan) theory of the necessity of a federal Staatsvolk, and of consociational rescue, *Nations and Nationalism* 7 (2001), S. 273 ff., 292; so auch Oeter (Anm. 29), S. 76 f.; Thomas Fischer / Nicole Schley, *Europa föderal organisieren*, Bonn 1999, S. 47 f.; Frowein (Anm. 76), S. 303 ff., 304; Rudolf Hrbeek, Die EG, ein Konkordanzsystem? Anmerkungen zu einem Deutungsversuch der politikwissenschaftlichen Europaforschung, in: Bieber et al. (Hrsg.) *Das Europa der Zweiten Generation. Gedächtnisschrift für Christoph Sasse*, Bd. I, Baden-Baden 1981, S. 87, 98 ff.

84 Gerhard Lehbruch, Das konkordanzdemokratische Modell, in: Michalsky (Hrsg.), *Politischer Wandel in konkordanzdemokratischen Systemen*, Vaduz 1991, S. 13 ff., 15 f. m. w. N; Manfred G. Schmidt, *Demokratiethorien*, 3. Auflage, Opladen 2000, S. 325 ff.

85 Schmidt, S. 428 ff.; ders., Der konsoziative Staat. Hypothesen zur politischen Struktur und zum politischen Leistungsprofil der Europäischen Union, in: Grande / Jachtenfuchs (Hrsg.), *Wie problemlösungsfähig ist die EU? Regieren im europäischen Mehrebenensystem*, Baden-Baden 2000, S. 33 ff. (2000); Martin Nettesheim, Die konsoziative Föderation von Europäischer Union und Mitgliedstaaten, *Zeitschrift für Europäische Studien* 5 (2002), S. 507 ff.

Demokratie.⁸⁶ Keinesfalls soll durch diese Interpretation einer demokratischen Lösung der EU die Notwendigkeit von Verbesserungen, die gerade in Hinblick auf die Transparenz des Handelns der Union besteht, abgesprochen werden. Es zeigt aber auch, dass die bestehende institutionelle Architektur und die Entscheidungsverfahren der EU nicht als willkürlich und defizitär in Hinblick auf das Ideal der in Nationalstaaten üblichen parlamentarischen Mehrheitsdemokratie, sondern als auf ihre spezifischen Eigenschaften zugeschnitten und demnach auch gewollt verstanden werden sollten.

Was nun die kleinstaatliche Partizipation betrifft, liegt die Notwendigkeit einer angemessenen Vertretung in den Unionsorganen seitens der Kleinstaaten auf der Hand, da die mit einem EU-Beitritt verbundene Aufgabe eines nicht unerheblichen Teils seiner Selbstbestimmung, ohne im Gegenzug die entsprechenden Möglichkeiten der Mitbestimmung in den Entscheidungsprozessen der EU zu erlangen, für einen Kleinstaat zu einer mit seiner staatlichen Souveränität nicht zu vereinbarenden Fremdbestimmung führen würde. Basierend auf einem post-nationalen Verständnis einer konsoziativ geprägten, europäischen Demokratie lassen sich jedoch auch die oft befürchteten Repräsentationsprobleme sehr kleiner Staaten in den Institutionen der EU relativieren.

So würde zwar die Vertretung Liechtensteins im Europäischen Parlament die bereits bestehende Disproportionalität der Stimmen in dem aus direkt gewählten Abgeordneten bestehenden EU-Organ zweifelsfrei weiter steigern. Angesichts der – im Gegensatz zu Nationalstaaten – relativierten Rolle des Parlaments im konsoziativ geprägten System der EU und dem Bestehen ergänzender demokratischer Elemente, wie etwa Deliberation, in konsoziativen Demokratiemodellen führt eine solche Disproportionalität nicht automatisch zur Aushöhlung ihrer demokratischen Legitimität. Im Lichte dieser relativierten Rolle des Parlaments könnte eine Vertretung des liechtensteinischen Volkes im Europäischen

86 Siehe etwa zur sogenannten Ioannina-Formel Jan-Peter Hix, Artikel 205 EGV, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2009, Rn. 8; zum Luxemburger Kompromiss Karl Ekkhart Heinz, Das Bismarck-Reich als Staatengemeinschaft – Ein Beitrag zu den Lehren von Bundesstaat und Staatengemeinschaft, Staatswissenschaften und Staatspraxis 5 (1994), S. 77 ff., 87; auch im Vertrag von Lissabon ist die Einführung solch eines Schutzmechanismus vorgesehen, siehe Erklärung Nr. 7 der Schlussakte der Regierungskonferenz 2007 zu Artikel 16 (4) EUV und Artikel 238 (2) AEUV, ABl. 2008, C 115/338.

Parlament, etwa durch die Entsendung von zwei Parlamentsabgeordneten,⁸⁷ trotz relativer Überrepräsentation durchaus auch auf politischer Ebene von den anderen grösseren Mitgliedstaaten leichter akzeptiert werden. Während gegen die Vertretung eines Kleinstaates im Rat der EU, der sich nach dem völkerrechtlichen Prinzip der Staatengleichheit zusammensetzt, aus rechtlicher Sicht, insbesondere mit Abschaffung der Stimmengewichtung im Jahr 2017,⁸⁸ nichts einzuwenden ist, könnte hingegen die politische Akzeptanz eines eigenen Sitzes und somit Vetorechts bei Einstimmigkeitsentscheidungen für Liechtenstein seitens der grösseren Mitgliedstaaten zur Herausforderung werden. Diesbezüglich ist in der für konsoziative Systeme typischen Entscheidungsregel mit qualifizierter Mehrheit – gegenüber Beschlüssen mit Einstimmigkeitserfordernis – ein Vorteil zu sehen. Denn trotz der primären Suche nach Konsens bei qualifizierten Mehrheitsentscheidungen weicht allein die bestehende Möglichkeit, überstimmt zu werden, die Veto-Rechte der einzelnen Mitglieder bedeutend auf und reduziert dementsprechend auch die Sorge einer Blockade durch einen sehr kleinen Staat.⁸⁹ Bezüglich der EU-Kommission ist grundsätzlich der Ansatz des Reformvertrags von Lissabon zu begrüssen, da eine Verkleinerung nicht nur im Sinne der Effizienz, sondern auch im Sinne des nicht repräsentativen Charakters der Kommission zu sehen ist. Als ein Organ, das aus unabhängigen, im Interesse der Union und nicht der einzelnen Mitgliedstaaten handelnden Kommissaren besteht, spricht rechtlich nichts gegen einen Kommissar aus einem kleinen Staat wie Liechtenstein. Zugleich wäre aber auch eine EU-Mitgliedschaft ohne eigenen Kommissar für den Kleinstaat nicht mit den souveränitätsbedrohenden Konsequenzen einer mangelnden Repräsentation im Rat der EU bzw. dem Europäischen Parlament verbunden.⁹⁰

87 So ist Liechtenstein auch in den parlamentarischen Gremien des Europarates und der OSZE mit jeweils zwei Abgeordneten vertreten, siehe Artikel 26 der Satzung des Europarates und Artikel 1 der Geschäftsordnung der Parlamentarischen Versammlung der OSZE.

88 Siehe zur neuen Regelung des Artikels 16 Abs. 4 EUV Klemens H. Fischer, *Der Vertrag von Lissabon*, Baden-Baden 2008, S. 132; Jürgen Schwarze, *Einführung: Der Reformvertrag von Lissabon*, in: ders. (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 2. Auflage, Baden-Baden 2009, Rn. 19.

89 Siehe dazu m. w. N. Oeter (Anm. 29), S. 77.

90 Vgl. hierzu die vorgesehenen Vorkehrungen, wie etwa die Transparenz gegenüber allen Mitgliedstaaten, der Erklärung Nr. 10 der Schlussakte der Regierungskonferenz 2007 zu Artikel 17 EUV, ABl. 2008 C 115/342.

Aus dem Blickwinkel einer den Besonderheiten der föderalen Ordnung EU entsprechenden, post-nationalen demokratischen Lösung – im Gegensatz zu der Orientierung des Bundesverfassungsgerichts an nationalstaatlichen Leitbildern – ist demnach auch die institutionelle Herausforderung einer Vertretung von sehr kleinen Staaten in den Unionsorganen – entgegen verbreiteten Zweifeln – bei gleichzeitiger Wahrung der demokratischen Legitimität der EU durchaus möglich.

3. Die individualrechtliche Frage: Unionsbürgerschaft und Freizügigkeit

Neben den Beteiligungsrechten, die sich für die Mitgliedstaaten mit einem EU-Beitritt eröffnen, ist ein weiterer nicht zu vernachlässigender Aspekt einer EU-Mitgliedschaft die sich stetig weiterentwickelnde subjektive, individualrechtliche Seite der europäischen Integration. Die Rede ist von der Unionsbürgerschaft, welche gemäss Artikel 9 EUV jedem Staatsangehörigen eines EU-Mitgliedstaates zukommt und somit förmlich einen politischen Status im Gemeinwesen der EU anerkennt.⁹¹ Inhaltlich knüpft an die Unionsbürgerschaft neben politischen Mitwirkungs- und Kontrollrechten und dem Recht auf diplomatischen Schutz vor allem das allgemeine Aufenthaltsrecht innerhalb der EU. Die mit der Unionsbürgerschaft verbundenen Freizügigkeitsrechte wurden lange nur als Flankierung der Freizügigkeitsrechte des Binnenmarktes wahrgenommen, Insbesondere in den letzten Jahren erfuhr die durch den Vertrag von Maastricht eingeführte Unionsbürgerschaft allerdings eine bedeutende Aufwertung durch die Rechtsprechung des EuGH.⁹² Dem-

91 Meinhard Hilf, Artikel 17 EGV, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union I, München 2001, Rn. 1.

92 Erstmals und noch beschränkend auf vom sachlichen Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts erfasste Fälle siehe EuGH, Rs. C-85/96 (*Martinez Sala*), Slg. 1998, I-2691, Rn. 63; den sachlichen Anwendungsbereich mit dem rechtmässigen Aufenthalt gemäss Artikel 18 EGV gleichsetzend siehe EuGH, Rs. C-184/99 (*Grzelczyk*), Slg. 2001, I-6193, Rn. 33; EuGH, Rs. C-224/98 (*D'Hoop*), Slg. 2002, I-6191, Rn. 29; EuGH, Rs. C-224/02 (*Pusa*), Slg. 2004, I-5763, Rn. 17; aus der Literatur Obwexer (Anm. 10) sowie Christian Calliess, Der Unionsbürger: Status, Dogmatik und Dynamik, in: Hatje/Brinker (Hrsg.) Unionsbürgerschaft und soziale Rechte, Europarecht, Beiheft 1/2007, S. 7 ff., 34.

nach erwächst einem Unionsbürger bei Wahrnehmung seines Freizügigkeitsrechts gemäss Artikel 21 AEUV – unabhängig von der Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit – ein Anspruch auf Gleichbehandlung und somit auch ein Recht im Aufenthalt: Mit davon umfasst ist der politisch brisante Bereich des Zugangs zu sozialen Rechten *im* Aufnahmestaat unter denselben Bedingungen wie für Staatsangehörige des jeweiligen Mitgliedstaates, was der Unionsbürgerschaft auch eine soziale Dimension verleiht.⁹³ Die Unionsbürgerschaft ist somit Quelle und Symbol fortschreitender politischer Integration, die eben nicht nur einen Zusammenschluss der Staaten, sondern auch der Völker darstellt.

Das Bundesverfassungsgericht sieht allerdings in ihrem von der Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates abgeleiteten Status eine dauerhaft lediglich ergänzende Funktion der Unionsbürgerschaft, die darüber hinaus auch nicht weiterentwickelt werden dürfe.⁹⁴ Dieser Gedanke, der die Unionsbürgerschaft gewissermassen in Konkurrenz zur nationalen Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates sieht, lässt allerdings den föderalen Charakter der EU abermals ausser Acht. Denn in föderalen Ordnungen ist die Verdoppelung der Angehörigkeitsverhältnisse – zu Bund und Gliedstaat – geradezu typisch.⁹⁵ Solch eine «Bundesangehörigkeit» kann, wie im Falle konsolidierter Bundesstaaten, aber muss nicht, so im Falle föderaler Staatenverbindungen, zugleich Staatsangehörigkeit sein.⁹⁶ Ebenso lassen sich strukturelle Parallelen der Unionsbürgerschaft zu den Angehörigkeitsrechten der frühen Staatenverbindungen des 19. Jahrhunderts sowie von frühen Bundesstaaten erkennen, in denen die

93 Siehe dazu Thorsten Kingreen, Die Universalisierung sozialer Rechte im europäischen Gemeinschaftsrecht, in: Hatje/Brinker (Hrsg.), Unionsbürgerschaft und soziale Rechte, Europarecht, Beiheft 1/2007, S. 43 ff., 65 ff.; Philipp Kubicki, Die subjektivrechtliche Komponente der Unionsbürgerschaft, Europarecht, Heft 4, 2006, S. 489 ff., 500; Ulrich Becker, Unionsbürgerschaft und soziale Rechte – zur Anwendung des Diskriminierungsverbots zugunsten von Unionsbürgern in der neueren Rechtsprechung des EuGH, Zeitschrift für Europäisches Sozial- und Arbeitsrecht, Bd. 1, 2002, S. 8 ff, 10.

94 Lissabon-Urteil (Anm. 1) Ziffern 348, 350 der Entscheidung.

95 Siehe insbesondere Schönberger (Anm. 58), S. 138 ff.; so auch Christian Tomuschat Staatsbürgerschaft – Unionsbürgerschaft – Weltbürgerschaft, in: Drexl et al. (Hrsg.), Europäische Demokratie, Baden-Baden 1999, S. 73, 86; Alexander Böhm Die Europäische Union im Lichte der Reichsverfassung von 1871 – Vom dualistischen zum transnationalen Föderalismus, Berlin 1999, S. 88 f.

96 Schönberger, S. 143 ff.

Bundesangehörigkeit ebenfalls durch die Gliedstaatsangehörigkeit vermittelt wurde.⁹⁷ Aber auch was den materiellen Gehalt der Unionsbürgerschaft betrifft, war in anderen föderalen Verbänden, die durch den Zusammenschluss zuvor unabhängiger Einheiten entstanden, stets die Gewährung von Freizügigkeit und Gleichheit der Bürger in den anderen Gliedstaaten Ausgangspunkt der Bundesangehörigkeit, bevor sich politische Rechte gegenüber dem Bund entwickelten.⁹⁸ Solch ein Verständnis der Unionsbürgerschaft als föderales Angehörigkeitsrecht soll nicht eine zwangsläufige Entwicklung der Unionsbürgerschaft zu einer qualitativ umfassenden Staatsangehörigkeit bzw. der Europäischen Union zu einem Bundesstaat suggerieren. Es bestätigt aber – entgegen der Ansicht des Bundesverfassungsgerichts – das durchaus bestehende Weiterentwicklungspotential der Unionsbürgerschaft.

Diese Dynamik auch der individualrechtlichen Seite des Europäischen Einigungsprozesses birgt angesichts der Kopplung der Unionsbürgerschaft an die Staatsangehörigkeit eines EU-Mitgliedstaates zunehmende Integrationsdefizite für Angehörige von Drittstaaten. Zum Einen betrifft dies die fehlenden politischen Mitbestimmungsrechte von Drittstaatsangehörigen, die wie im Falle des EWR trotz tagtäglicher Anwendung eines beachtlichen Teils des EU-Rechts als Einzelbürger von jeglicher direkter Mitbestimmung ausgeschlossen sind. Dies gilt umso mehr mit der Verstärkung direktdemokratischer Elemente im Entscheidungsprozess der EU. Zum Anderen sind davon, wie die durch den EuGH weiterentwickelte soziale Dimension der Freizügigkeitsrechte von Unionsbürgern zeigt, auch horizontale Unionsbürgerschaftsrechte betroffen: Das EWR-Abkommen dehnt die Personenverkehrsfreiheit des Binnenmarkts zwar auch auf Angehörige der am EWR teilnehmenden EFTA-Staaten aus,⁹⁹ was heisst, dass auch diese sich frei innerhalb der Union bewegen und aufhalten können, ohne allerdings Unionsbürger zu

97 In Bezug auf den Norddeutschen Bund und die Reichsverfassung von 1871 Böhmer (Anm. 95), S. 90; im Hinblick auf die frühen Bundesstaaten USA, Schweiz und Deutschland sowie das Commonwealth, Meinhard Hilf, Rn. 8 ff. zu Art. 17 EGV, in: ders./Grabitz, Das Recht der Europäischen Union I, München 2001.

98 So etwa zum «Gemeinsamen Indigenat» der Reichsverfassung von 1871, Böhmer (Anm. 95), S. 89; Rainer Hofmann, German Citizenship Law and European Citizenship – Towards a special kind of dual nationality?, in: La Torre (Hrsg.), European Citizenship – An Institutional Challenge, The Hague 1998, S. 149 ff., 163.

99 Siehe Anhang VIII des Abkommens über Europäischen Wirtschaftsraum.

sein. Jedoch entsprechen die in den EWR-Abkommen gewährleisteten Personenverkehrsfreiheiten prinzipiell den gemeinschaftlichen Freizügigkeitsrechten vor Einführung der Unionsbürgerschaft.¹⁰⁰ Dies kann angesichts der auf die Unionsbürgerschaft bezogenen dynamischen Rechtsprechung des EuGH nicht nur zu Abgrenzungsproblemen bei der Auslegung führen, sondern auch faktische Ungleichbehandlungen von Drittstaatsangehörigen nach sich ziehen, weil die Rechtslage einfach unklar ist.¹⁰¹ Dem könnte *de lege ferenda* in Assoziierungsabkommen durch entsprechende Klarstellungen und dynamische Rechtsverweise vorgebeugt werden. Noch weitergehend könnte man sogar an eine «assoziationsrechtlich vermittelte Unionsbürgerschaft» denken, die nicht per se «föderalismusfremd» sein muss.¹⁰² Eine derartige «abstrakte föderale Bürgerschaft», für die es in der Geschichte¹⁰³ wie in der Gegenwart¹⁰⁴ Beispiele gibt, hat jedoch ihre Bedingungen und Grenzen: Sie kann zu annähernd gleichen Freizügigkeitsrechten, vielleicht auch diplomatischen Schutzrechten führen, nicht jedoch identische politische Statusrechte begründen. Dies einzufordern hiesse, die Grenzen zwischen Mitgliedschaft und Nichtmitgliedschaft in der Europäischen Union zu verwischen.¹⁰⁵

100 Hans Petter Graver, Die Ausdehnung des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf Nichtmitglieder der Europäischen Union – Das Beispiel Norwegens, in: Müller-Graff (Hrsg.), Europäisches Integrationsrecht im Querschnitt, Baden-Baden 2003, S. 45 ff., 50; generell zu Drittstaatsangehörigen Ferdinand Wollenschläger, Grundfreiheit ohne Markt – die Herausbildung der Unionsbürgerschaft im unionsrechtlichen Freizügigkeitsregime, Tübingen 2007, S. 397 f.

101 Kay Hailbronner, Freizügigkeit nach EU-Recht und dem bilateralen Abkommen mit der Schweiz über die Freizügigkeit von Personen, Zeitschrift für Europarecht, Bd. 5, Heft 3, 2003, S. 48 ff.; zum Problem der «faktischen Diskriminierung» im EWR-Binnenmarkt schon Thomas Bruha, Is the EEA an internal market?, in: Müller-Graf / Selvig (Hrsg.), EEA-EU Relations, Berlin 1999, S. 123 ff.

102 So aber Schönberger (Anm. 56), S. 293 ff.; eingehend zu Überlegungen, die Unionsbürgerschaft auf der Basis von auf Reziprozität beruhenden Assoziierungsabkommen auf Drittstaatsangehörige zu übertragen Breuss (Anm. 2), Kapitel 5.

103 Etwa die «Unmittelbare Reichsangehörigkeit» für Einwohner der Schutzgebiete des Deutschen Reiches zu Zeiten des Kolonialismus, siehe Karl Thedieck, Deutsche Staatsangehörigkeit im Bund und in den Ländern, Berlin 1989.

104 Etwa die Rechtsstellung der Bürger Puerto Ricos aufgrund des Jones Act von 1917, demgemäß sie die amerikanische Staatsbürgerschaft mit eingeschränkten politischen Rechten besitzen. Näher dazu Breuss (Anm. 2), S. 259 ff. m. w. N.

105 Breuss, a. a. O.

Schlussfolgerungen

Die vorstehenden Ausführungen sollen gezeigt haben, dass die Europäische Union, verstanden als post-nationale Föderation jenseits von Bundesstaat und Staatenbund, allen Staaten Europas «einen Platz», d. h. berechnete Optionen auf Mitgliedschaft, bietet. Auf die Grösse der Staaten kommt es dabei nicht an. Der bündische Charakter und die damit verbundene «hybride» Verfassungsstruktur der Europäischen Union gewähren hinreichend Spielraum für konstitutionelle Anpassungen der EU zur Ermöglichung der Mitgliedschaft, und zwar der «Vollmitgliedschaft», so kleiner Staaten wie Liechtenstein. Zu den entsprechenden Anpassungsleistungen ist die Europäische Union auf Grund ihres «Europäischen Integrationsauftrags» verpflichtet. Ob die gegenwärtig der Europäischen Union nicht angehörenden Staaten Europas von der Beitrittsoption Gebrauch machen wollen oder nicht, steht in deren politischem Ermessen, gegebenenfalls eingeschränkt durch ihre innerstaatlichen verfassungsrechtlichen Vorgaben. Je nach dem, können diese Staaten die Beitrittsoption auch völlig verwerfen oder auch nicht. Das unterscheidet sie von der EU und ihren Mitgliedstaaten, die an die «Europaoffenheit ihres Projekts» rechtlich gebunden sind.

Damit ist das integrationspolitische «playing field» für einen Kleinstaat wie Liechtenstein konturiert: Liechtenstein kann diplomatisch-vorsorglich oder politisch-offensiv Ansprüche auf EU-Mitgliedschaft geltend machen, muss dies aber nicht. Wenn es dies tut, ist die EU jedoch gehalten, sich gewissermassen pro-aktiv mit etwaigen Beitrittsambitionen und schliesslich einem entsprechenden Antrag des Landes zu befassen. Nach der hier vertretenen Auffassung gilt dies auch für Beteiligungsformen unterhalb der EU-Mitgliedschaft (Grundsatz der «bestmöglichen Partizipation» oder «Integration»), sollte der EWR einmal enden und eine EU-Mitgliedschaft aus der Warte Liechtensteins nicht in Betracht kommen oder an Forderungen der EU-Seite scheitern.

Was den Prozess der Willensbildung und Entscheidungsfindung in Liechtenstein selbst betrifft, so handelt es sich wie gesagt primär um eine politische Angelegenheit, in die mit dem vorliegenden Beitrag nicht eingegriffen werden soll. Er soll jedoch deutlich gemacht haben, dass die europäische Integration im Rahmen der EU nicht nur als ein herkömmlicher Zusammenschluss von Staaten, sondern als eine föderale Union, nicht zuletzt der «Bürger» zu verstehen ist. Dieser Dimension sollte in

der politischen Debatte gebührend Aufmerksamkeit geschenkt werden. Dabei sollten die Ausführungen allerdings auch zeigen, dass eine simple «in» oder «out» Gegenüberstellung angesichts des besonderen bündischen Charakters der EU jedenfalls nicht zwingend ist. Eine mehr oder weniger weitgehende Ausdehnung der EU-Bürgerrechte auf Staatsangehörige assoziierter Nichtmitgliedstaaten ist mit den föderalen Besonderheiten der EU vereinbar, soweit dies nicht mit dem Vollumfang der politischen Rechte verbunden ist.

Förderale Verfassungsräume und -kulturen in historischer Perspektive: Das Beispiel Schweiz

Ulrich Zelger

I. Einleitung

Es liegt scheinbar auf der Hand, schweizerische Erfahrungen mit dem Föderalismus für die europäische Föderalismusdebatte nutzbar zu machen. Problematisch wäre es aber, dem schweizerischen Föderalismus¹ Vorbildfunktion für einen europäischen Föderalismus zuzuschreiben. Darauf hat bereits *Dietrich Schindler* hingewiesen.² Er gibt zurecht zu bedenken, dass sich der schweizerische Föderalismus rein pragmatisch entwickelt habe; die Eidgenossen vereinbarten *ad hoc* das unumgänglich Notwendige. Jeder Ausweitung bundesstaatlicher Zuständigkeit brach-

1 Vgl. zur Geschichte des Schweizer Föderalismus z. B. Rainer J. Schweizer / Ulrich Zelger, Föderalismus, in: Stiftung Historisches Lexikon der Schweiz (Hrsg.), Historische Lexikon der Schweiz, Bd. 4, S. 587 ff.; Wild, Hugo, Das Ringen um den Bundesstaat, Zentralismus und Föderalismus in der schweizerischen Publizistik von der Helvetik bis zur Bundesrevision, Zürich 1966; zum modernen Föderalismus z. B. Schweizer, Rainer J., Vorbemerkungen zu Art. 42-135, in: Ehrenzeller, Bernhard / Mastronardi, Philippe / Schweizer, Rainer J. / Vallender, Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, 2. Aufl. Zürich / St. Gallen 2009, Bd. 1, S. 811 ff. und Fleiner, Thomas / Misić, Alexander, Föderalismus als Ordnungsprinzip der Verfassung, in: Thürer, Daniel / Aubert, Jean-François, Müller, Jörg Paul, Verfassungsrecht der Schweiz / Droit constitutionnel suisse, Zürich 2001, S. 429 ff. jeweils mit ausführlichen Literaturangaben.

2 Schindler, Dietrich, Schweizer und europäischer Föderalismus, Zbl 5/1992, S. 193 ff., insb. 221 ff.; vgl. aber Linder Wolf, Schweizerischer und europäischer Föderalismus, in: Linder, Wolf; Lanfranchi, Prisca; Weibel, Ewald E. (Hrsg.), Schweizer Eigenart – eigenartige Schweiz, Der Kleinstaat im Kräftefeld der europäischen Integration, Bern. u. a. 1996, S. 181 ff., der S. 183 auf wichtige Gemeinsamkeiten hinweist. Aufschlussreich ausserdem die Beiträge in: Forum Helveticum (Hrsg.), Die schweizerische Verfassungsgeschichte: Eine Quelle von Anregungen für die Zukunft Europas? / L'histoire constitutionnelle suisse, source d'inspiration pour l'avenir de l'Europe? / The Swiss Constitutional History as a source of stimulating ideas for the future of Europe? (= Collection / Schriftenreihe 11), Lenzburg 2002.

ten sie grosse Skepsis entgegen. Zielrichtung der Zusammenarbeit war nie die Verdichtung; der Zusammenschluss der Kantone diente vielmehr, wie schon *Karl Schmid* feststellte, «der Bewahrung des Eigenen im kleinen Raum»,³ wofür ein gewisses Mass an Zusammenarbeit erforderlich erschien. Die Kantone schlossen sich zusammen, um ihre Eigenart zu sichern und zu verteidigen. Dies zeigen deutlich der Bundesvertrag von 1815⁴ und die Bundesverfassungen von 1848⁵, 1874⁶ und 1999⁷. Jedenfalls seit dem Fall des *Ancien Regime* unternahmen die Eidgenossen keine Anstrengungen, neue Mitglieder in ihren Bund aufzunehmen. Auch die Erweiterungen 1814/15 sind eher formeller Natur, betrafen sie doch ehemals verbündete oder zugewandte Orte, deren enge Verbindung zur Eidgenossenschaft infolge der französischen Expansion getrennt worden war. Im folgenden werde ich dennoch auf einige, vielleicht anekdotische, Parallelen der schweizerischen und der europäischen Entwicklung hinweisen. Auf Überlegungen zu den Verfassungen bis 1850 folgen Hinweise auf die sich verdichtende Zusammenarbeit der Kantone in derselben Zeit.

-
- 3 Vgl. Schmid, Karl, *Versuche über die schweizer Nationalität*, in: ders. *Aufsätze und Reden*, Zürich 1957, S. 37 f., Zitat auf S. 38.
 - 4 Bundesvertrag zwischen den XIII Cantonen der Schweiz vom 7. August 1815, § 1 (Auzug) «Die XXII souveränen Cantone der Schweiz [...] vereinigen sich durch den gegenwärtigen Bund zur Behauptung ihrer Freiheit, Unabhängigkeit und Sicherheit gegen alle Angriffe fremder Mächte, und zur Handhabung der Ruhe und Ordnung im Inneren. Sie gewährleisten sich gegenseitig ihre Verfassungen [...]. Sie gewährleisten sich gegenseitig ihr Gebiet.»
 - 5 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 12. September 1848, Art. 2: «Der Bund hat zum Zweck: Behauptung der Unabhängigkeit des Vaterlandes gegen Aussen, Handhabung von Ruhe und Ordnung im Inneren, Schutz der Freiheit und der Rechte der Eidgenossen und Beförderungen ihrer gemeinsamen Wohlfahrt.»
 - 6 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Art 2: «Der Bund hat zum Zweck: Behauptung der Unabhängigkeit des Vaterlandes gegen aussen, Handhabung von Ruhe und Ordnung im Inneren, Schutz der Freiheit und der Rechte der Eidgenossen und Beförderung ihrer gemeinsamen Wohlfahrt.»
 - 7 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, Art. 2 (Zweck): «Die Eidgenossenschaft schützt die Freiheit und die Rechte des Volkes und wahrt die Unabhängigkeit und die Sicherheit des Landes. Sie fördert die gemeinsame Wohlfahrt, die nachhaltige Entwicklung, den inneren Zusammenhalt und die kulturelle Vielfalt des Landes.»

II. Der Schweizerische Bundesstaat

A. Die Entwicklung zum Bundesstaat

Die Entwicklung der Schweiz hin zum Bundesstaat beginnt mit dem Fall des *Ancien Regime* 1798 und kommt mit der Bundesverfassung von 1848 zu einem Abschluss. Sie ist widersprüchlich, konfliktreich und auch von Gewalt geprägt und bestimmt. Äussere Einflüsse sollten nicht unterschätzt werden. Im Inneren standen konservative, bewahrende Kräfte regelmässig für ein Mehr an kantonaler Eigenständigkeit, wobei es dabei nicht nur um die Bewahrung des Althergebrachten sondern auch um die Sicherung der eigenen Stellung ging. Dem gegenüber setzten die Reformer auf die Stärkung des Zentrums, um die Handlungsfähigkeit der Schweiz zu verbessern, eine Handlungsfähigkeit, die durchaus auch zur Durchsetzung der eigenen Ideale gegen Widerstände in den Kantonen eingesetzt werden sollte. Von aussen kommen Impulse, teils geistesgeschichtlicher, teils militärischer und machtpolitischer Natur, die die innere Entwicklung der Eidgenossenschaft beeinflussen und manchmal auch bestimmten. Verfassungsgeschichtlich interessant, darauf sei hier nur kurz hingewiesen, ist die Entwicklung in Kantonen, wo sich geistesgeschichtliche Strömungen ganz unterschiedlicher Art verdichten und derart auf engstem Raum völlig unterschiedliche staatliche Gebilde entstehen, die die Zusammenarbeit suchen, ja suchen müssen.

1. Helvetische Verfassung

Ausgangspunkt hin zur Entwicklung der modernen Schweiz ist der Fall des *Ancien Regime* durch den Einmarsch französischer Truppen im Frühling 1798. Nennenswerten Widerstand leistete nur Bern, während die Tagsatzung sich zu keiner gemeinsamen Aktivität mehr durchringen konnte. Die siegreichen französischen Truppen plünderten nicht nur die Staatskassen der unterworfenen Eidgenossen, sondern setzten mit Waffengewalt – insbesondere in der Innerschweiz – die Erste Helvetische Verfassung durch. Diese, in Paris vom Basler Peter Ochs⁸ mit gestaltet,

8 Peter Ochs (1752–1821), Politiker, Jurist, Historiker, proklamierte am 12. April 1798, die Helvetische Republik, 1798–1799 Helvetischer Direktor, zu Ochs z.B.: Peter K. Kopp, «Ochs, Peter», in: Historisches Lexikon der Schweiz, www.hls-dhs-

lehnte sich an die französische Direktorialverfassung von 1795 an. Der vorgesehene einheitsstaatliche und zentralistische Staatsaufbau stand eidgenössischen Traditionen diametral entgegen. Die Verfassung, die auch von ihren Anhängern als verbesserungswürdig angesehen wurde, brachte der Schweiz immerhin das Prinzip der Volkssouveränität, die repräsentative Demokratie, die Gewaltenteilung, die Befreiung von den Feudallasten, einen Katalog von Grund- und Freiheitsrechten und ein einheitliches, allgemeines Bürgerrecht, das Juden einschloss. Gegner der Verfassung standen daher – teils durchaus zu recht – im Verdacht, sich gegen diese Errungenschaften zu stellen. Einig waren sich die politischen Akteure in ihrer Kompromisslosigkeit, was letztlich die Aktivierung der Verfassung ebenso verhinderte wie die Erarbeitung einer neuen, allgemein anerkannten Verfassung.

2. Malmaison

Die instabile, zeitweise bürgerkriegesähnliche Lage in der Schweiz, widersprach den Interessen Frankreichs und Napoleons, unter dessen Hegemonie die Schweiz geraten war.⁹ Napoleons Bestreben war es, in der Schweiz einen zuverlässigen und steuerbaren Satelliten zu haben. Dazu war es notwendig, den Gegner der Zentralisierung entgegen zu kommen und zugleich bestimmte, militärisch und aussenpolitisch wichtige Kompetenzen auf Bundesebene zu konzentrieren. Der Verfassungsentwurf von Malmaison,¹⁰ welcher im Frühjahr 1801 unter seiner Federführung auf dem Landgut Malmaison bei Paris entstand, kombinierte Zentralismus und Föderalismus, indem er die Souveränität der Helvetischen Republik zusprach, diese aber wiederum in Kantone mit eigenem Kompe-

dss.ch/textes/d/D11674.php; ders. Peter Ochs, Sein Leben in Selbstzeugnissen erzählt und mit authentischen Bildern reich illustriert, Basel 1992.

9 Zu Napoleons Rolle in der Schweizer Verfassungsgeschichte vgl. z.B. Monnier, Victor, Bonaparte et les Constitutions de la Suisse (1797–1803), in: Mohamed Cherkaoui (Hrsg.): Histoire et théorie des sciences sociales. Mélanges en l'honneur de Giovanni Busino, Genève/Paris 2003, S. 67 ff.

10 Text: <http://modern-constitutions.de/CH-00-1801-05-29-de-i.html>, zum Text: Stickler, J[ohann], Die Verfassung von Malmaison (mit Anhang: Die beiden Verfassungsprojekte von Malmaison), Politisches Jahrbuch der Schweizerischen Eidgenossenschaft 10/1895, S. 175 ff.; zur Verfassung von Malmaison, His, Eduard, Geschichte des neueren Schweizerische Staatsrechts, Erster Band: Die Zeit der Helvetik und der Vermittlungsakte, Basel 1920, S. 42 ff.

tenzbereich einteilte. Der Entwurf war eher zentralistisch, weil er die wichtigsten Staatsaufgaben helvetischen Organen vorbehielt:¹¹ Dazu zählen das höhere Polizeiwesen, Militärisches, die innere und äussere Sicherheit, bürgerliche und peinliche Rechtspflege, schliesslich die Finanzen und Regale, gewisse wirtschaftliche Kompetenzen und das Bildungswesen. Insgesamt lagen bei der Helvetischen Republik jene Kompetenzen, die für die Schaffung eines einheitlichen Wirtschaftsraumes notwendig waren. Zugleich sicherten die Befugnisse im militärischen Bereich, dass die Regierung die Schweiz im Sinne Napoleons steuern und die von ihm angeforderten Truppen bereit stellen konnte. Mit der Wiedererrichtung der Kantone kam man den Föderalisten entgegen. Diese erhielten Kompetenzen im Bereich des Steuerrechts, der Verwaltung öffentlicher Güter, der öffentlichen Sicherheit, der kirchlichen Angelegenheiten und im Bildungswesen. Bezeichnend war allerdings die Aufgabenteilung im Finanzbereich: Die Republik bestimmte die Höhe der von den Kantonen zu erbringenden Leistungen; Aufgabe der Kantone war es dann, diese bereit zu stellen. Wichtigstes föderales Element der Verfassung war die Beteiligung der Kantone am Willenbildungsprozess. Die Tagsatzung, das zentrale Organ der Helvetischen Republik, setzte sich aus so genannten Stellvertretern der Kantone zusammen. Auch das Gesetzgebungsverfahren war föderal organisiert: Gesetze galten als angenommen, wenn ihnen zumindest zwölf Kantone zugestimmt hatten. Nur in jenen Fällen, in denen die erforderliche Anzahl zustimmender Kantone nicht zustande kam, sollte die Tagsatzung, zusammengesetzt aus Kantonsvertretern, entscheiden. Aus föderalistischer Sicht problematisch war allerdings, dass das wichtige Initiativrecht im Gesetzgebungsverfahren dem Senat, einem von der Tagsatzung gewählten Zentralorgan, vorbehalten war. Auch hier zeigt sich das Bestreben Napoleons, die Schweiz in seinem Sinn regierbar zu machen. Der Verfassungsentwurf wurde vom Gesetzgebenden Rat widerwillig am 29. Mai 1801 angenommen.

Die Verfassung von *Malmaison* enthielt keine Kantonsverfassungen. Diese waren, und darauf ist mit Nachdruck hinzuweisen, durch die Kantone zu erlassen,¹² wofür umfassend Anleitung gegeben wurde. Wie

11 Stickler, *Malmaison* (wie FN 10), S. 167, 177.

12 Zusammenfassend Zelger, Ulrich, *Die Quellenedition zur Schweizerischen Verfassungsgeschichte zwischen 1791 und 1850*, in: *Schweizerische Zeitschrift für Geschichte* 2008, S. 81 ff., hier S. 85 f.

vorgesehen, wählten Wahlversammlungen in den Bezirken im Sommer 1801 die Mitglieder der Kantonstagsatzungen, die am Anfang 1801 zusammen traten, um kantonale Vertreter für die Tagsatzung zu wählen und die kantonalen Verfassungen zu beschliessen. Diese Tagsatzungen unterschieden sich fundamental von den Landsgemeinden im *Ancien Regime*, weil inzwischen das Bürgerrecht auf alle Bewohner des Kantons ausgedehnt worden war, als auch auf die Einwohner ehemals von den Kantonen beherrschter Gebiete. Im August 1801 kam es daher in den meisten Kantonen erstmals zum Erlass von Verfassungen, die direkt-demokratisch von den männlichen Einwohnern angenommen wurden. Diese sollten von der am 7. September zusammentretenden Helvetischen Tagsatzung die *Gewähr der Republik*¹³ erhalten. Diese Verfahren kennen wir auch heute noch als Gewährleistung der Verfassungen der Kantone nach Art. 51 Bundesverfassung. Bevor allerdings die Helvetische Tagsatzung die kantonalen Verfassungen gewährleisten konnte, zerbrach sie am Gegensatz zwischen Föderalisten und Zentralisten. Weitere Versuche der Verfassungsgebung scheiterten.¹⁴

3. Mediation

Napoleon griff 1802/03 erneut ein. Die Mediationsverfassung vom 19. 2. 1803¹⁵ setzte erfolgreich sein Interesse an einem verlässlichen Vasallenstaat durch. Napoleon nahm selbstbewusst den Titel «Médiateur de la Confédération suisse» an¹⁶ und brachte damit die wahren Machtverhält-

13 Vorschriften über die Eröffnung, die Functionen und die Auflösung der ersten helvetischen Tagsatzung, Abs. 10, in: Strickler, Johannes (Bearbeiter), Amtliche Sammlung der Acten aus der Zeit der Helvetischen Republik (1798–1803), Band 7, Bern 1899, S. 497.

14 Zur Ereignisgeschichte eindrücklich Stüssi-Lauterburg, Jürg, Föderalismus und Freiheit, Der Aufstand von 1802: ein in der Schweiz geschriebenes Kapitel Weltgeschichte, Brugg 1994, zur Rolle Napoleons S. 241 ff.

15 Zur Entstehung der Mediationsakte Monnier, Victor (Hrsg.), Bonaparte et la Suisse, Travaux préparatoires de l'Acte de Médiation (1803), Genève / Bâle / Munich 2002, insb. S. 13 ff.; Monnier, Victor, Les travaux préparatoires de la Consulta et l'Acte fédérale de 1803, in: Alfred Dufour, Till Hanisch, Victor Monnier (Hrsg.), Bonaparte, la Suisse et l'Europe, Actes du Colloque européen d'histoire constitutionnelle pour le bicentenaire de l'Acte de Médiation (1803–2003), Zürich, Bruxelles, Berlin 2003, S. 63 ff.; Text : <http://modern-constitutions.de/CH-00-1803-02-19-fr-i.html>.

16 Anlässlich der Kaiserkrönung 1806, vgl. [Redaktion], Napoleon, in: Historisches Lexikon der Schweiz (wie FN 1), Band 9, Basel 2010, <http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/d/D41455.php>.

nisse sichtbar zum Ausdruck. Auf Bundesebene konzentriert wurden vor allem militärische Angelegenheiten und die dafür notwendige Finanzierung. Dafür nicht nötige Kompetenzen waren bei den Kantonen angesiedelt. Deren Verfassungen waren, nach den Erfahrungen mit dem gescheiterten Entwurf von Malmaison, in der Mediationsakte enthalten. Die Mediationsakte enthielt keine Verfahren für ihre Novellierung. Die demokratische Legitimation der Mediationsakte ist dürftig; von Napoleon entworfen und durchgesetzt, erinnert sich ein wenig an eine oktroyierte Verfassung.

Die Mediationsakte schwächte den Zentralstaat derart, dass man versucht ist, die Schweiz der Mediationszeit als Staatenbund zu bezeichnen. Dem ist entgegen zu halten, dass den Kantonen die Verfassungshoheit vorenthalten wurde. Die kantonalen Verfassungen bilden den Hauptteil der Mediationsakte. Wie diese waren sie daher unabänderlich.¹⁷ Wenngleich anzuerkennen ist, dass die Mediationsakte die Kantone unterschiedlich organisierte und auf gewisse Traditionen Rücksicht nahm, auch derart, dass die alten Führungsschichten wieder an die Macht kamen, so bleibt die Mediationsakte dennoch ein Rechtsakt des Bundes. Damit war den Kantonen ihr Staatsaufbau, unterschiedlich detailliert, vorgegeben. Die Kantone waren mit weitreichenden Befugnissen ausgestattet, aber wohl keine Staaten, die Souveränität für sich beanspruchen konnten. Nur zynisch könnte man dem entgegen halten, dass auch die realen Spielräume der Eidgenossenschaften die der Kantone nicht überstiegen. Es ist daher wohl korrekt festzustellen, die Bundesverfassung der Mediationsakte enthalte bundesstaatliche und staatenbündische Elemente.¹⁸

Die Mediationsakte verschwand mit ihrem Schöpfer: Am 29. Dezember 1813 stellte eine Konferenz der Kantone, die sich als Eidgenössische Versammlung konstituiert hatten, lakonisch fest, dass die Mediationsakte keinen Bestand mehr hatte. Sie formalisierten, ohne im übrigen dazu kompetent zu sein, deren stillschweigendes Ausserkrafttreten, das unmittelbar mit dem Sturz Napoleons einsetzte.

17 Uri, Schwyz und Zug ergänzten immerhin, mit Genehmigung der Tagsatzung, ihre Verfassungen durch Nachträge; Luzern, Freiburg und Schaffhausen erliessen, auf Gesetzesstufe, sog. organische Gesetze, in denen die Grundzüge ihre Staatsorganisation geregelt wurden; dazu His, *Geschichte* (wie FN 10), S. 59.

18 So zuletzt Fankhauser, Andreas, *Mediation*, Stiftung Historisches Lexikon der Schweiz (Hrsg.), *Historisches Lexikon der Schweiz*, Bd. 8, S. 407 ff. hier, S. 408.

4. Bundesvertrag

Mit dem Fall Napoleons brachen die alten Gegensätze wieder auf. Jene Kantone, die schon im *Ancien Regime* bestanden hatten und seither Teile ihrer Gebiete verloren hatten, verweigerten zuerst erfolglos die Anerkennung der neu entstandenen Kantone. Dann forderten sie erfolgreich Entschädigungen, die teils aus den Gebieten des aufgelösten Bistums Basel, teils in Geld geleistet wurden und setzen im Bundesvertrag 1815 grösste kantonale Freiheit und eine schwach ausgebaute Zentralgewalt durch. In den Kantonen selbst gelang es zumeist, die Macht der alten Führungsschichten zumindest *de facto* wiederherzustellen.

Der Bundesvertrag vom 7. August 1815 organisierte die Eidgenossenschaft nach vorherrschender traditioneller Lehre als Staatsbund souveräner Kantone.¹⁹ Sein primäres Ziel war die Sicherstellung der inneren und äusseren Sicherheit, er war daher vor allem eine Verteidigungsallianz.²⁰ Bei genauer Betrachtung zeigt sich allerdings, dass die Verbindung dichter war: Dies erkennt man besonders gut an den Aussenbeziehungen, der Gewährleistung der Kantonsverfassungen, der Regelung von Streitigkeiten zwischen den Kantonen und der Beständigkeit der Verbindung unter ihnen. Auch der Bundesvertrag enthielt keine Änderungsklauseln.

Der Bund war wichtigster Akteur der Aussenbeziehungen. Schon 1813 betrachteten die Grossmächte die Eidgenossenschaft, nicht aber die Kantone, als ihren primären Ansprechpartner, und forderten nach-

19 So u. a. Schollenberger, Jakob, *Das Bundesstaatsrecht der Schweiz, Geschichte und System*, Berlin 1902, S. 126; Ruck, Erwin, *Schweizerisches Staatsrecht*, 3. Aufl., Zürich 1957, S. 8.; Lampert, Ulrich, *Das schweizerische Bundesstaatsrecht, Systematische Darstellung mit dem Text der Bundesverfassung im Anhang*, Zürich 1918, S. 6; so wohl auch Aubert, Jean-François, *Bundesstaatsrecht der Schweiz*, Fassung von 1967, Neubearbeiteter Nachtrag bis 1990, Band 1, Basel, Frankfurt 1991, Rz. 35; Hilty, Carl, *Die Bundesverfassungen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zur sechsten Säcularfeier des ersten ewigen Bundes vom 1. August 1291 geschichtlich dargestellt im Auftrag des Schweizer Bundesrathes*, Bern, 1891, S. 377; Bluntschli, Johann Caspar, *Geschichte des schweizerischen Bundesrechts von den ersten ewigen Bünden bis auf die Gegenwart*, Band 1, 2. Aufl. Stuttgart 1875, Nachdruck Vaduz 1977, S. 484. Text des Bundesvertrags: <http://modern-constitutions/CH-00-1815-08-07-de-i.html>

20 De Mortagnes, René Pahud, *Schweizerische Rechtsgeschichte, Ein Grundriss*, Zürich, St. Gallen 2007, S. 167; Kölz, Alfred: *Neuere Schweizerische Verfassungsgeschichte, Ihre Grundlinien vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis 1848*, Bern 1992, S. 184 f.

drücklich die Einrichtung eines zur Aussenvertretung befugten Organs.²¹ Dem leisten die Eidgenossen durch die Wahl der Diplomatischen Kommission Folge. Auch nach den Vorschriften des Bundesvertrags war die Kompetenz der Kantone, mit anderen Staaten Abkommen zu schliessen, auf bestimmte Bereiche beschränkt. Die Tagsatzung war allein zuständig für Kriegserklärungen, Friedensschlüsse, Bündnisse und Handelsverträge mit auswärtigen Staaten.²² In Bereichen, in denen sie vom Bundesvertrag nicht ausdrücklich dazu ermächtigt wurde, schloss die Tagsatzung, anknüpfend an die Rechtslage der Mediationszeit, ausserdem Verträge im Namen der Kantone.²³ Verträge über ökonomische und Polizeianglegenheiten und Militärkapitulationen konnten von den Kantonen abgeschlossen werden; vor der Ratifikation waren sie allerdings der Tagsatzung zu Überprüfung vorzulegen, da der Bundesvertrag Abkommen zum Nachteil anderer Kantone oder der Eidgenossenschaft verbot.²⁴ Lediglich für rein ökonomische Verträge ohne politische Komponenten war eine nachträgliche Anzeige an die Tagsatzung erlaubt.²⁵ Folgerichtig sprach *Henke* schon 1824 den Kantonen nur eine beschränkte völkerrechtliche Souveränität zu;²⁶ ihre Grenzen fand diese in den Bestimmungen des Bundesvertrags.

-
- 21 Kley, Andreas, *Verfassungsgeschichte der Neuzeit, Grossbritannien, die USA, Frankreich, Deutschland und die Schweiz*, 2. Aufl. Bern 2008, S. 217; vgl. dazu Henke, Eduard, *Oeffentliches Recht der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Kantone der Schweiz, Nebst Grundzügen der allgemeinen Staatsrechts*, Aarau 1824, S. 177 f., der schon 1824 die Eidgenossenschaft zwischen Bundesstaat und Staatenbund ansiedelte; vgl. auch Bluntschli, *Bundesstaatsrecht* (wie FN 19), S. 484.
- 22 Siehe § 8 Bundesvertrag; vgl. auch Henke, *Recht* (wie FN 21), S. 273 ff.
- 23 Z. B. über die Freizügigkeit, die Niederlassung, die Auslieferung oder Grenzbereinigung; vgl. His, Eduard: *Geschichte des neueren Schweizerischen Staatsrechts*, Band 2: *Die Zeit der Restauration und der Regeneration 1814 bis 1848*, Basel 1929, S. 171.
- 24 Zur völkerrechtlichen Stellung der Kantone Henke, *Recht* (wie FN 21), S. 278 ff.
- 25 Siehe § 8 Bundesvertrag (wie FN19); Details: *Organische Vorschrift, betreffend die Unterhandlungen Einzelner Stände mit auswärtigen Mächten*, Vom 22. Juli 1819 (Offizielle Sammlung der das Schweizerische Staatsrechte betreffenden Aktenstücke, der in Kraft stehenden Eidgenössischen Beschlüsse, Verordnungen und Concordate, und der zwischen der Eidgenossenschaft und den benachbarten Staaten abgeschlossenen besonderen Verträge, 3 Bände, Zürich 1820–1849, hier Bd. I, S. 228 ff.); die Tagsatzung überprüfte, ob die Verträge gegen den «Bundesverein», bestehende Bündnisse oder verfassungsässige Rechte anderer Kantone verstiesen; zur aussenpolitischen Kompetenz der Kantone Henke, *Recht* (wie FN 21), S. 349 f.
- 26 Henke, *Recht* (wie FN 21), S. 278.

Eng mit der Sicherung der inneren und äusseren Sicherheit verbunden war die Gewährleistung von Verfassung und Gebiet der Kantone. Darin liegen das zentrale Element und der Zweck des Bundesvertrags. Die Gewährleistung erfolgte, so § 1 des Bundesvertrages, nicht durch den Bund, sondern durch die Kantone. Dies zeigte sich deutlich an Einzelfällen, in denen Kantonsverfassungen aus rechtlichen oder politischen Gründen nicht von allen Kantonen garantiert wurden.²⁷ In der Praxis wurde die Gewährleistung der Kantonsverfassungen allerdings durch die Tagsatzung verhandelt, weshalb sich dafür die Bezeichnung «Bundesgarantie» einbürgerte. Bundesrechtlich geregelt waren auch bestimmte Voraussetzungen der Gewährleistung der Verfassungen: die Respektierung der obersten Bundesbehörden und die Anerkennung der Grundsätze des Bundesrechts (§ 15).²⁸ Damit war die Verfassungsgebung der Kantone bundesrechtlichen Massstäben unterworfen. Die gewährleisteten Verfassungen wurden schliesslich im Bundesarchiv hinterlegt. In den Wirren der Regenerationszeit beschloss die Tagsatzung am 27. Dezember 1830, nicht in kantonalen Verfassungsfragen zu intervenieren, und es den Kantonen, im Rahmen der Vorgaben des Bundesvertrags, frei zu stellen, die für notwendig erachteten Verfassungsänderungen vorzunehmen.²⁹ Allein dieser Beschluss zeigt, dass die souveräne, unkontrollierte Verfassungsgebung in den Kantonen auch in der Praxis eben nicht gegeben war. Es ist zurecht bemerkt worden, dass dieser Beschluss in Widerspruch zur Verpflichtung stand, die bereits gewährleisteten Kantonsverfassungen zu schützen.³⁰ Mehr noch als der Bundesvertrag zeigt die Praxis die Unterordnung der kantonalen Verfassungsgebung unter das Bundesrecht. Die Tagsatzung intervenierte wiederholt diplomatisch und militärisch, wenn Kantonsverfassungen als ungeeignet empfunden wurden: So setzen, um eine besonders eindrückliches Bei-

27 Vgl. His, *Geschichte* (wie FN 23), S. 162 f.

28 Dazu Henke, *Recht* (wie FN 21), S. 229 f., der die Prüfbefugnis der Tagsatzung unterstreicht.

29 Tagungsbeschluss über die Zulässigkeit kantonalen Verfassungsänderungen vom 27. Dezember 1830, Kaiser, Simon/Stickler, Johannes, (Hrsg.), *Geschichte und Texte der Bundesverfassungen der schweizerischen Eidgenossenschaft von der helvetischen Staatsumwälzung bis zur Gegenwart*, Bern 1901, S. 213 f.; vgl. dazu auch Blumer, Johann Jakob, *Handbuch der Schweizerischen Bundesstaatsrechts*, Erster Band, 2. Aufl. Schaffhausen 1877, S. 60.

30 His, *Geschichte* (wie FN 23), S. 163.

spiel zu nennen, 1815 eidgenössische Truppen eine im Auftrag der Tagsatzung von auswärtigen Experten redigierte Verfassung im Tessin militärisch durch, nachdem mehrere Tessiner Anläufe als zu liberal verworfen worden waren.³¹ Weniger erfolgreich war das Eingreifen der Tagsatzung in der Regenerationszeit, was weniger an ihren Kompetenzen, als an ihrer inneren Handlungsunfähigkeit lag. Immerhin verfügte sie die Kantonsteilung in Basel und unterband eine solche in Schwyz. Wesentlich ist schliesslich, dass die Verbindung der Kantone auf Dauer angelegt war: Der Bundesvertrag enthielt weder eine Revisions- noch eine Ausstiegs Klausel. Als Vertrag zwischen den Kantonen war er daher nur mit Zustimmung aller Kantone abänderbar. Insgesamt zeigt sich wohl, dass der Bund von 1815 keinen Bundesstaat konstituierte; dafür ist die Zentralgewalt deutlich zu schwach ausgebildet. Allerdings erscheint es mir zweifelhaft, die Eidgenossenschaft von 1815 als blossen Staatenbund abzutun. Dazu ist die kantonale Souveränität zu sehr beschränkt.

Die Kantone selbst organisierten sich höchst heterogen. Sieht man von Neuenburg ab, das monarchisch organisiert war, waren alle Kantone der Eidgenossenschaft Republiken. In vielen Kantonen hatte die effektive Herrschaftsausübung allerdings einen stark aristokratischen Charakter.³² Die Regeneration brachte in den 1830er Jahren in vielen Kantonen eine Demokratisierung der staatlichen Organisation.

5. Bundesstaat

Da der Bundesvertrag keine Änderungsklausel enthielt, verwundert es nicht, dass in der Regeneration alle Versuche zur Reform des Bundesvertrags scheiterten. Jede Änderung des Vertrags hätte Einstimmigkeit erfordert; diese zu erreichen, war aufgrund der immer weiter aufbrechenden Gegensätze zwischen Konservativen und Liberalen / Radikalen unmöglich. Die meisten privaten³³ und die offiziellen Entwürfe von

31 Dazu z. B. His, *Geschichte* (wie FN 23), S. 66 ff.

32 His, *Geschichte* (wie FN 23), S. 196.

33 Erwähnt seien die Entwürfe von Philippe de Maillardoz und Auguste Bontems, Alexander Roger, Karl Kasthofer, Gallus Jacob Baumgarnter, Kasimir Pfyffer und Karl Schnell. Besondere Beachtung verdienen jene von Ignaz Paul Vital Troxler und von James Fazey. Die beiden letztgenannten Entwürfe sind publiziert in: Brandt, Peter / Daum, Werner / Kirsch, Martin / Schlegelmilch, Arthur (Hrsg.) *Quellen zur europäischen Verfassungsgeschichte im 19. Jahrhundert, Institutionen und Rechtspraxis im gesellschaftlichen Wandel, Teil 2: 1815–1847*, CD-ROM Bonn 2010.

1832³⁴ und 1833³⁵ sahen die Bildung eines Bundesstaats vor. Weder der Kommissionsentwurf von 1832 noch der Entwurf der Tagsatzung von 1833 erreichen eine brauchbare Mehrheit unter den Kantonen, weit entfernt von der erforderlichen Einstimmigkeit. Die Bundesverfassung von 1848,³⁶ die die Schweiz zum Bundesstaat machte, war daher revolutionär.³⁷ Sie nimmt keinen Bezug auf den Bundesvertrag und wird faktisch durch die Sieger im Sonderbundkrieg gegen die dissentierenden (katholischen) Kantone durchgesetzt, ohne dass die für die Änderung des Bundesvertrags notwendige Einstimmigkeit auch nur annähernd erreicht wurde.

Nachdem eine aus vorwiegend liberalen und radikalen Politikern bestehende Kommission³⁸ am 8. April 1848 einen Entwurf³⁹ vorgelegt hatte, beschloss die Tagsatzung am 27. Juni 1848 den Text der späteren Bundesverfassung.⁴⁰ Zugleich beschloss sie Übergangsbestimmungen

-
- 34 Bundesurkunde der schweizerischen Eidgenossenschaft, entworfen von der am 17. Heumonat 1832 durch die Tagsatzung ernannten Revisionskommission, Text: <http://modern-constitutions.de/CH-00-1833-03-xx-de-i.html>; vgl. dazu z. B. His, *Geschichte* (wie FN 23), S. 99 ff.; Kölz, *Verfassungsgeschichte I* (wie FN 20), S. 378 ff.; Aubert, *Bundesstaatsrecht* (wie FN 19), Rz. 51; Hilty, *Bundesverfassungen* (wie FN 19), S. 383 ff.; Blumer, *Handbuch* (wie FN 29), S. 70 f.; Kaiser / Strickler (Hrsg.), *Geschichte* (wie FN 29), 103 ff.
- 35 Entwurf einer revidierten Bundesurkunde, von der am 15. März 1833 niedergesetzten Tagsatzungskommission, mit Rücksicht auf die eröffneten Standesinstruktionen, umgearbeitet; vgl. dazu His, *Geschichte* (wie FN 23), S. 101; Kölz, *Verfassungsgeschichte I* (wie FN 20), S. 384 ff.; Aubert, *Bundesstaatsrecht* (wie FN 19), Rz. 52.; Blumer, *Handbuch* (wie FN 29), S. 71 ff.
- 36 Vgl. zum Folgenden, immer noch lesenswert, Aubert, Jean-François, *Geschichtliche Einführung*, in: Aubert, Jean-François / Eichenberger, Kurt / Müller, Jörg Paul / Rhinow, René A. / Schindler, Dietrich (Hrsg.), *Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874*, Basel / Zürich / Bern 1986, Rz. 87 ff.
- 37 Von einer «kleinen Revolution» spricht z. B. Kölz, Alfred, *Zur Staatenbildung im 19. Jahrhundert mit besonderer Berücksichtigung der Schweiz*, *Der Staat*, Beih. 12. (1998), S. 172.
- 38 Zur Zusammensetzung der Revisionskommission Kölz, *Verfassungsgeschichte I* (wie FN 20), S. 547 f.
- 39 Entwurf eine Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, wie derselbe aus den Berathungen der von der Tagsatzung am 16. August 1847 ernannten Revisionskommission vom 17. Februar bis 8. April 1848 hervorgegangen ist, Text: <http://modern-constitutions.de/CH-00-1848-04-08-de-i.html>.
- 40 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, vom 12. September 1848, Text: <http://modern-constitutions.de/CH-00-1848-09-12-de-i.html>.

über das Inkraftsetzen der Bundesverfassung,⁴¹ nach denen die Kantone eingeladen wurden, sich gemäss ihrer Verfassung über die Bundesverfassung auszusprechen; anhand dieser Stellungnahme sollte die Tagsatzung über Annahme oder Ablehnung entscheiden. Obwohl sich 6½ Kantone⁴² gegen die Bundesverfassung aussprachen, bestätigte die Tagsatzung am 12. September 1848 deren Annahme. Sie konnte sich darauf berufen, dass die annehmenden Kantone die grosse Mehrheit der Bevölkerung repräsentierten;⁴³ dennoch stellt dieser Beschluss «einen Bruch mit den bisherigen [...] Rechtsgrundlagen dar.»⁴⁴ Mit der Konstituierung der Bundesversammlung am 16. November 1848 nach den Vorschriften der neuen Bundesverfassung trat der Bundesvertrag ausser Kraft.

Die Bundesverfassung von 1848 legte die Grundlage der modernen Schweiz. Seither besteht verfassungsrechtlich Kontinuität, da alle folgenden Verfassungsrevisionen nach den Änderungsbestimmungen der Verfassung durchgeführt werden. Anzuführen ist allerdings, dass die grosse Mehrheit der Sonderbundkantone – Luzern, Uri, Schwyz, Ob- und Nidwalden, Wallis – und das im Sonderbundkrieg neutrale Appenzell i.R. – auch die grundlegende Verfassungsrevision von 1874 und die nachgeführte Bundesverfassung von 1999 ablehnen sollten.⁴⁵ Dies – und

41 Kaiser, Jakob (Hrsg.), *Amtliche Sammlung der neuern Eidgenössischen Abschiede*, Bd. 2 (§§ 76–178), *Repertorium der Abschiede der eidgenössischen Tagsatzungen aus den Jahren 1814 bis 1848*, bearbeitet von W. Fetscherin Bern 1876, S. 782 f.

42 Uri, Schwyz, Obwalden, Nidwalden, Zug Appenzell-Innerhoden, Tessin, Wallis.

43 Schweizer, Rainer J., *Wissenschaft vom Verfassungsrecht: Schweiz*, in: von Bogdandy Armin, Cruz Villalón, Pedro, Huber, Peter H. (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. 2: *Offene Staatlichkeit – Wissenschaft vom Verfassungsrecht*, Heidelberg, 2008, S. 715 ff., hier Rz. 17, sieht darin ein Ausübung des «pouvoir constituant» bei gleichzeitiger Missachtung des Bundesvertrags.

44 Biaggini, Giovanni, *Grundlagen und Grundzüge staatliche Verfassungsrecht: Schweiz*, in: von Bogdandy Armin, Cruz Villalón, Pedro, Huber, Peter H. (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. 1: *Grundlagen und Grundzüge des Verfassungsrechts*, Heidelberg, 2007, S. 565, hier Rz. 5; ähnlich schon His, *Geschichte*, Bd. 3, S. 22 f.

45 Für die Verwerfung der Verfassung 1874 stimmten 7 ½ Stände: Luzern, Uri, Schwyz, Unterwalden, Zug, Freiburg, Appenzell i.R., Wallis (BB1 1874 I 705, 712); gegen die neue Bundesverfassung stimmten 1999: Luzern, Uri, Schwyz, Obwalden, Nidwalden, Glarus, Schaffhausen, Appenzell i. R., Appenzell a. R., Aarbau, Thurgau, Wallis (BB1 1999, 5986 f.). Bei einer Stimmbeteiligung von nur 35 % stimmten auch 40 % der Schweizerinnen und Schweizer gegen die Verfassung. Von den Sonderbund-Parteien haben damit Luzern, Uri, Schwyz, Ob- und Nidwalden, Appenzell i. R. (im Sonderbundkrieg neutral) und das Wallis keiner weiteren, weitreichende

die geringe Repräsentation von Katholiken in Führungspositionen der Bundes bis weit ins 20. Jahrhundert –⁴⁶ zeigt, dass die Wunden des Sonderbündkriegs nur langsam verheilten.

Die Verfassung von 1848 verband das nationale Prinzip mit der Achtung der Kantone.⁴⁷ Die Kantone waren souverän, soweit ihre Souveränität nicht durch die Bundesverfassung eingeschränkt wurde. Die Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Kantonen war Bundessache. Das Parlament wurde nach amerikanischem Vorbild⁴⁸ mit zwei Kammern ausgestattet: Im Ständerat waren die Kantone vertreten, der Nationalrat vertrat die schweizerische Nation. Gemeinsam bildeten die Kammern die Bundesversammlung. Dieser kam eine ausserordentliche Machtfülle als Richterin bei Streitigkeiten zwischen den Kantonen, zwischen Bund und Kantone und bei Kompetenzstreitigkeiten zwischen den obersten Bundesbehörden zu. Auch der siebenköpfige Bundesrat wurde von der Bundesversammlung auf drei Jahre gewählt. Er handelte als Kollegialorgan und konnte während seiner dreijährigen Amtsdauer nicht zum Rücktritt gezwungen werden. Das Bundesgericht hatte eine schwache Stellung: Es wurde von Fall zu Fall in wenigen Streitigkeiten einberufen.

B. Die Vertiefung des Bundesstaates

Die weitere Vertiefung des Bundesstaats, diese wünschten bereit die Väter der Bundesverfassung, verlief massvoll und bedächtig. Die Bundes-

Verfassungsänderung zugestimmt. Freiburg hat 1874, Zug beiden Grossprojekten zugestimmt. Eine guten Überblick bieten auch die Landkarten (mit Abstimmungsergebnissen) in: Kley, Andreas, Bundesverfassung, in: Historisches Lexikon der Schweiz, (wie FN 1), Bd. 3, Basel 2004, S. 27 ff.

46 Zur Desintegration der Katholiken eindrücklich Altermatt, Urs, Der Weg der Schweizer Katholiken ins Ghetto, Die Entstehungsgeschichte der nationalen Volksorganisationen im Schweizer Katholizismus 1848–1919, 2. Aufl. Zürich 1991, insb. S. 35 ff., zu Integration in den Bundesrat S. 417 ff.

47 Aubert, Einführung (wie FN 36), Rz. 110; Aubert explizit bestätigend Biaggini, Schweiz (wie FN 44), Rz. 12.

48 Zu wechselseitigen Einflüssen zwischen Schweizer und US-amerikanischer Verfassungsgeschichte vgl. Huston, James H., The Sister Republics, Die Schweiz und die Vereinigten Staaten von Amerika von 1776 bis heute, Bern 1992, zur Bundesverfassung 1848 S. 47 ff.

verfassung von 1848 gab dem Bund aus gutem Grund nur zurückhaltend Kompetenzen, die nur sehr langsam und zaghaft ausgebaut werden. Nimmt man die grossen Rechtsbereiche als Massstab, so kann festgehalten werden, dass, die Kompetenzen im Privatrechtsbereich, nach einem erfolglosen Anlauf 1872, erst 1874 (OR)⁴⁹ und 1898 (ZGB)⁵⁰ auf den Bund übertragen wurden, im Bereich des Verfahrensrechts, erfolgt die Gesetzgebung, nach Übertragung der Kompetenz an den Bund im Jahre 2000⁵¹, gerade jetzt.⁵²

III. Vertiefte Integration in Sachfragen

A. Allgemeines

Da die Kantone ihre Eigenständigkeit eitel betonten und eifersüchtig verteidigten, könnte der Eindruck entstehen, die Schweiz der Mediationszeit und des Bundesvertrags wäre ein loser Zusammenschluss der Kantone gewesen. Ich habe zu zeigen versucht, dass sowohl die Mediationsakte als auch der Bundesvertrag die kantonale Souveränität massiv beschränkten, weshalb wohl nicht von einer staatsbündischen Struktur der Eidgenossenschaft auszugehen ist. Für die Praxis bedeutsamer als diese eher theoretischen Überlegungen sind Formen enger Zusammenarbeit zwischen den Kantonen und die bedarfsweise Ausweitung der Bundeskompetenzen.

49 Schweizerisches Obligationenrecht vom 14. Juni 1881.

50 Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907.

51 BV 122 neu: Angenommen in der Volksabstimmung vom 12. März 2000, in Kraft seit 1. Jan. 2007 (BB vom 8. Oktober 1999, BRB vom 17. Mai 2000, BB vom 8. März 2005 – AS 2002 3148, 2006 1059; BBl 1997 I 1, 1999 8633, 2000 2990, 2001 4202); BV 123 neu: Angenommen in der Volksabstimmung vom 12. März 2000, in Kraft seit 1. April 2003 (BB vom 8. Oktober 1999, BRB vom 17. Mai 2000, BB vom 24. September 2002 – AS 2002 3148 3147; BBl 1997 I 1, 1999 8633, 2000 2990, 2001 4202); in der Volksabstimmung vom 12. März 2000 stimmten im übrigen alle Stände zu.

52 Die Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272) ist am 1. Januar 2011 in Kraft getreten.

B. Konkordate

Während das Schweizerische Verfassungsrecht zumindest in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts von Diskontinuitäten geprägt ist, die regelmässig radikale Einschnitte in die Verfassungsgeschichte des Bundes und der Länder darstellten, zeigt sich in anderen Bereichen eine Kontinuität. In alltagsrelevanten Bereichen kommt es zu einer engen Zusammenarbeit der Kantone, die die Umbrüche auf Ebene der Verfassung regelmässig unbeschadet übersteht.⁵³ Das Mittel dieser Zusammenarbeit ist alt und neu, alt weil es dem *Ancien Regime* entstammt, neu weil es noch heute – vermehrt –⁵⁴ verwendet wird. Es handelt sich dabei um interkantonale Verträge, die zeitlich variierend, «Konkordate» oder «Verkomnisse» genannt werden. Konkordate, interkantonale Verträge zwischen mehreren oder allen Kantonen zu unterschiedlichen Sachfragen, waren sowohl der Mediationszeit als auch dem Bundesvertrag bekannt. Sie waren zulässig, insoweit dadurch nicht die Rechte anderer Kantone oder des eidgenössischen Bundes verletzt würden. Art. 10 Mediationsakte verbot Bündnisse zwischen den Kantonen unter einander oder mit ausländischen Mächten überhaupt; aus gegebenen Anlass⁵⁵ gestattet die Tagsatzung aber schon 1803 den Abschluss von «Verkomnissen», die konfessionelle, zivile, polizeiliche und örtliche Angelegenheiten beinhalteten, sofern diese der Tagsatzung zu Kenntnis gebracht würden.⁵⁶ Dies war notwendig, um Regelungslücken im interkantonalen Verhältnis und in Bereichen, in denen eine Zusammenarbeit unabdingbar war, zu

53 Zur interkantonalen Zusammenarbeit Abderhalden, Ursula, Möglichkeiten und Grenzen der interkantonalen Zusammenarbeit, Freiburg 1999, zur geschichtlichen Entwicklung S. 56 ff.

54 Zu den Konkordaten nach geltendem Recht vgl. Abderhalden, Ursula, Kommentar zu Art. 48 BV (Verträge zwischen den Kantonen), in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (Hrsg.), Bundesverfassung (wie FN 1), S. 882 ff. und Hänni, Peter, Verträge zwischen den Kantonen und zwischen dem Bund und den Kantonen, in: Thürer/Aubert/Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht (wie FN 1), S. 443 und die dort jeweils umfassend genannte Literatur.

55 Es ging um eine Übereinkunft zwischen den Kantonen Bern und Solothurn betreffend die religiösen Verhältnisse im reformierten Bucheggberg.

56 Kaiser, Jakob (Hrsg.), Amtliche Sammlung der neueren Eidgenössischen Abschiede, Repertorium der Abschiede der eidgenössischen Tagsatzungen aus den Jahren 1803 bis 1813, in zweiter Auflage bearbeitet von Jakob Kaiser, Bern 1886, S. 143 f. (Antrag), 178 (Beschluss).

schliessen. In der Folge wurden diese interkantonalen Verträge im Rahmen der Tagsatzung ausgehandelt; sie bedurften für ihre Gültigkeit der Zustimmung der Mehrheit der Abgeordneten, waren aber nur für die zustimmenden Kantone bindend. Der Bundesvertrag behielt diese Regelung bei. Konkordate waren zulässig, insoweit sie nicht für den Bund oder einzelne Kantone nachteilig waren. Für Konkordate, die in der Mediationszeit abgeschlossen worden waren, sah der Bundesvertrag die Weitergeltung vor, soweit sie den Grundsätzen des Bundesvertrags nicht widersprachen, was die Tagsatzung überprüfte.⁵⁷ Unterschieden wurde zwischen «eidgenössischen» Konkordaten, die von einer Mehrheit der Kantone abgeschlossen wurden, und «besonderen Konkordaten», denen sich nur eine Minderheit der Stände anschloss. Von eidgenössischen Konkordaten konnten Kantone nur mit Zustimmung einer Mehrheit der am Konkordat beteiligten Kantone zurücktreten.⁵⁸ Konkordatsrecht führte in der Folge zu einer faktischen Weiterentwicklung des Bundesvertrags⁵⁹ und ermöglichte einheitliche Regelungen in Bereichen, die der Bundeskompetenz entzogen waren. Konkordate verwalteten nicht zuletzt die Folgen der Mobilität der Bevölkerung. Die Freizügigkeit selbst regelte ein Konkordat über die Niederlassung;⁶⁰ es folgten Konkordate u. a. zum Konkursrecht⁶¹ und über die Zusammenarbeit in Strafsachen,⁶²

57 His, Geschichte (wie FN 23), S. 172.

58 Tagsatzungsbeschluss vom 25. Juli 1836, Offizielle Sammlung (wie FN 25) Bd. II, S. 381 f.; vgl. His, Geschichte (wie FN 23), S. 172 und Kley, Andreas, Konkordate: in: Historisches Lexikon der Schweiz (wie FN 1), Bd. 7, Basel 2008, S. 371 f.

59 Kley, Konkordate (wie FN 58), S. 371.

60 Konkordat, betreffend das Niederlassungs-Verhältnis unter den Eidsgenossen, vom 10. Juli 1819, Offizielle Sammlung (wie FN 25) Bd. I, S. 289 ff.

61 Concordate, betreffend die gerichtlichen Betreibungen und Concurse, alle bestätigt am 8. Juli 1818, Offizielle Sammlung (wie FN 25) Bd. I, S. 282 ff.: Forum des zu belangenden Schuldner, Vom 15. Juni 1804; Gerichtliche Betreibungen, vom 15. Juni 1804; Concurse=Recht in Fallimenten=Fällen, vom 15. Juni 1804; Effekten eine Falliten, die als Pfand in Creditors Händen in einem andren Kanton liegen, vom 7. Juni 1810.

62 Concordat, betreffend Ausschreibung, Verfolgung, Festsetzung und Auslieferung von Verbrechern oder Beschuldigten; die diesfälligen Kosten; die Verhöre und Evokation von Zeugen in Criminal=Fällen; und die Restitution gestohlener Effekten, Vom 8. Juni 1809, bestätigt den 8. Juli 1818, Offizielle Sammlung (wie FN 25) Bd. I, S. 296 ff.; Concordat wegen gegenseitiger Stellung von Fehlbaren in Polizei=Fällen, Vom 7. Juni 1810, bestätigt den 9. Juli 1818, Offizielle Sammlung (wie FN 25) Bd. I, S. 306 f.; Concordat wegen gegenseitiger Auslieferung der Ausreisser von besoldeten Cantons=Truppen, Vom 6. Juni 1806, bestätigt den 9. Juli 1818 Offizielle Sammlung (wie FN 25) Bd. I, S. 305 f.

schliesslich eine Reihe von Konkordaten zu Fragen des Ehe- und Familienrechts, auf die weiter unten kurz einzugehen ist. Auch die Bundesverfassung von 1848 regelte, wie schon der Bundesvertrag, die weitere Geltung der Konkordate, soweit und solange diese dem neuen Bundesrecht nicht widersprächen.⁶³

C. Kompetenzerweiterungen durch Beschlüsse der Tagsatzung

In Einzelfällen dehnten die Kantone die Bundeskompetenzen freiwillig aus. Bekanntes Beispiel ist das Presse- und Fremdenkonklusum von 1823, welches die Tagsatzung ermächtigt, die Einhaltung der darin enthaltenen Verpflichtungen durch die Kantone zu überwachen.⁶⁴

D. Beispiel: Konkordate und Bundeskompetenzen im Bereich des Ehe- und Familienrechts

1. Konkordate

Ehe- und familienrechtliche Regelungen, und damit Bereiche eines Rechtsgebiet, von dem noch heute gilt, es sei in besonderem Masse kulturell und damit örtlich verwurzelt, sind ein wichtiger Regelungsbereich in interkantonalen Konkordaten. Mit deren Abschluss verwalteten die Kantone die zunehmende Mobilität der Bevölkerung, die durch das Niederlassungskonkordat zwischen den Konkordatskantonen erleichtert wurde. Im Eherecht sind dabei drei Themenbereiche von besonderer Bedeutung: die Voraussetzungen und Verfahrensfragen bei Eheschliessung und Scheidungen, die mehrere Kantone berührten; im Bereich des Ehefolgenrechts das Bürgerrecht der Ehefrau und schliesslich, besonders umstritten, die inter-konfessionelle Ehe. Die Voraussetzungen zur Eheschliessung fanden ihre Regelungen im Konkordat vom

63 Art. 6 der Übergangsbestimmungen; dazu Kley, Andreas, Bundeskompetenzen mit ursprünglich derogatorischer Wirkung aus historischer Perspektive, in: recht 1999, S. 189 ff., hier S. 190 f.

64 Massregeln in Hinsicht auf den Missbrauch der Druckerpresse und auf die Fremdenpolizei vom 14. Juli 1823 (bestätigt am 6. Juli 1824), Kaiser (Hrsg.), Amtliche Sammlung (wie FN 41), S. 571.

4. Juli 1820,⁶⁵ dem bis 1843 alle Kantone beitraten. Einer Teilrevision von 1842⁶⁶ wurde keine allgemeine Zustimmung zuteil, obwohl die Neuerungen formeller Natur waren. Auch für Ehescheidungen wurden die Zuständigkeit und die Frage nach dem anzuwendenden Recht bereits 1821 normiert.⁶⁷ Das Heimatrecht der in einem anderen Kanton heiratenden Schweizerin wurde bereits 1808 geregelt.⁶⁸ Inter-konfessionelle Ehen geben 1812⁶⁹ und 1821⁷⁰ Anlass zu Konkordaten, in denen die Konkordatskantone inter-konfessionelle Ehen zuliessen und, als die Pfarrer deren Einsegnung verweigerten, diese dazu verpflichteten oder Zivilstandsbeamte dafür bereit stellten. Ausserhalb des Eherechtes regelten Konkordate Gerichtsstandsfragen im Vormundchaftswesen⁷¹, die Testierfähigkeit und Erbrechtsverhältnisse.⁷² Die Konkordate behandelten vorwiegend Fragen der Zuständigkeit und des internationalen Privatrechts und bereiteten gesetzliche Regelungen auf Bundesebene vor.

2. Bundeskompetenzen

Auch die Bundesverfassung von 1848 enthielt keine expliziten Regelungen zum Ehe- und Familienrecht. Ansatzpunkt für die – vor allem von reformierter Seite erwünschte – Regelung von Teilen des Eherechts bot aber immerhin Art. 44 BV 1848, der es dem Bund erlaubte, «zur Handhabung der öffentlichen Ordnung und des Friedens unter den Kantonen die geeigneten Massnahmen zu treffen.» Art. 44 BV bot die – umstrittene – Rechtsgrundlage für den Erlass des Bundesgesetzes die gemischten Ehen

65 Konkordat über Eheeinsegnungen und Kopulationsscheine vom 4. Juli 1820, Offizielle Sammlung (wie FN 25) Bd. II, 24 ff.

66 Nachträgliches Konkordat vom 15. Heumonath 1842 (Offizielle Sammlung der das schweizerischen Staatsrecht betreffenden Aktenstücke, 3. Band, 1844, S. 204).

67 Konkordat über die Behandlung der Ehescheidungsfälle vom 6. July 1821, Offizielle Sammlung (wie FN 25) Bd. II, 39 ff.

68 Concordat wegen dem Heimath-Recht der in einen anderen Canton einheirathenden Schweizerin, vom 8. Juli 1803, Offizielle Sammlung (wie FN 25) Bd. I, S. 287).

69 Concordat, betreffend die Ehen zwischen Catholiken und Reformierten, von 11. Juni 1812, Offizielle Sammlung (wie FN 25) Bd. I, S. 287 f.

70 Verkündung und Einsegnung paritätischer Ehen, Konkordat vom 14. August 1821, Offizielle Sammlung (wie FN 25) Bd. II, S. 27 f.

71 Vormundschaftliche und Bevogtungsverhältnisse. Konkordat vom 15. July 1822, Offizielle Sammlung (wie FN 25) Bd. II, S. 34 ff.

72 Testierfähigkeit und Erbrechtsverhältnisse. Konkordat vom 15. July 1822, Offizielle Sammlung (wie FN 25) Bd. II, 36 ff.

betreffend vom 3. Dezember 1850⁷³, das es untersagte, Eheschlüsse aufgrund konfessioneller Gründe zu untersagen. Die Forschung ist sich einig, dass dies einer «juristisch kaum gerechtfertigten extensiven Interpretation»⁷⁴ bedurfte, mittels derer ein liberaleres Eherecht gegen katholisch-konservative und föderalistische Widerstände erlassen werden konnte. Anlass bot die Weigerung des Kantons Schwyz, der Eheschliessung eines Kantonsangehörigen mit einer reformierten Zürcherin zuzustimmen.⁷⁵ Indem nur interkonfessionelle Ehen Gegenstand bundesrechtlicher Regelungen waren, und die Kantone zur Verhinderung unerwünschten paritätischer Ehen sich auf andere, im kantonalen Recht bestehende Ehehindernisse beriefen, rückten diese in das Augenmerk des Bundesgesetzgebers, der sich seit den 1860er Jahren um die Schaffung einer Rechtsgrundlage für eine bundesrechtliche Regelung des Eherechts oder zumindest konkordatsrechtliche Regelung bemühte.⁷⁶ Die BV von 1874 enthält dann in den Art. 53 und 54 Bestimmungen zum Eherecht. Dies ist umso bemerkenswerter, da andere zivilrechtliche Materien bekanntlich keinen Eingang in die Bundesverfassung fanden. Dass die Bundesverfassung von 1874 in der Mehrheit der katholischen Kantone auf Ablehnung stiess, wurde schon ausgeführt. Dieses Vorgehen zeigt zugleich die Grenzen der Konkordate. Sie setzen das Einvernehmen der Beteiligten voraus und können gegen die Gegner der Regelung nicht durchgesetzt werden.

IV. Die Schweiz und die Europäische Integration: Schlussfolgerungen

Abschliessend stellt sich die Frage ob, trotz aller Vorsicht, Vergleiche zwischen dem historischen schweizerischen und dem europäischen Föderalismus möglich sind. Vergleicht man das Entstehen des schweizeri-

73 Text: Amtliche Sammlung des Bundesrechts II, S. 130 f.

74 His, Eduard, Geschichte des neueren Schweizerischen Staatsrechts, Bd. 3: Der Bundesstaat von 1848 bis 1914, Basel 1938, S. 628 f.; Kaiser, Staatsrecht I, S. 127, FN 7, spricht von einem Gesetz, «das durch keine Bestimmung der Bundesverfassung verlangt wird»; Blumer, Handbuch (wie FN 29), S. 367 spricht von «einer etwas freien Auslegung des Art. 44».

75 Fall Benz, dessen juristische Beratung Ludwig Snell übernommen hatte. Im Nationalrat war insbesondere Alfred Escher aktiv.

76 Blumer, Handbuch (wie FN 29), S. 367 ff.; vgl. auch BBl 1867 II 133 ff.

schen Bundesstaates mit der europäischen Integration, so drängen sich vor allem zwei Themenbereiche auf: einerseits die intensivere Zusammenarbeit einer Gruppe von Mitgliedern, also die Frage, wie diese Zusammenarbeit organisiert werden kann, ohne den Interessen der Gemeinschaft und der anderen Mitglieder Schaden zuzufügen; andererseits, die Formen der Zusammenarbeit und deren Folgen für die Rechtsordnungen der Mitglieder.

Das föderale System der Schweiz und die Europäischen Gemeinschaften kennen das Problem der «zwei Geschwindigkeiten». Dieses entsteht, wenn der Wunsch nach weiterer Integration oder vertiefter Zusammenarbeit in bestimmten Sachbereichen unter den Mitgliedern verschieden gross ist. In der Schweiz des 19. Jahrhunderts und im modernen Europa ist das Vorgehen dabei ähnlich: Kantone oder Staaten, die eine weitergehende Integration wünschen, gehen voran, indem sie neue Regelungen auf völkerrechtlicher Grundlage schaffen. Die Regelungen sind für die dissentierenden Partner nicht bindend, denen ein Beitritt jederzeit offen steht. Zugleich bestehen Normen, die diese vertiefte Zusammenarbeit einschränken und regeln, damit der grosse Verbund keinen Schaden nehme. Insbesondere darf die Zusammenarbeit bestehende Verpflichtungen, die Rechte der Gemeinschaft und die Rechte der übrigen Mitglieder nicht verletzen. Einschlägige Regelungen finden sich in der Mediationsakte, im Bundesvertrag, in der Bundesverfassung von 1848. Sie entsprechen den Vorschriften über die Verstärkte Zusammenarbeit des europäischen Rechts.⁷⁷ In der Schweiz und in Europa ist die verstärkte Zusammenarbeit einer Gruppe von Mitgliedern erfolgreich; sie stösst allerdings an jene räumlichen und inhaltlichen Grenzen, die die fehlende Zustimmung und Mitarbeit der übrigen Mitglieder setzt.

Konkordate dienen in der Schweiz des 19. Jahrhunderts der Regelung von Sachbereichen, in denen die Zusammenarbeit wünschenswert oder notwendig war, ohne dass hierfür einschlägige Kompetenzen auf Bundesebene bestanden. Auffallend ist, dass diese nicht nur Bereiche des Handels- und Wirtschaftsrechts betreffen. Die Kantone reagierten da-

77 Art. 326 ff. (Titel III: Verstärkte Zusammenarbeit) Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, konsolidierte Fassung, Amtsblatt der Europäischen Union vom 9. Mai 2008, C 115/47; zuvor Art. 20 Vertrag über die Europäische Union, konsolidierte Fassung, Amtsblatt vom 9. Mai 2008, C 115/13

mit, auch im Bereich des Familienrechts, das hier als Beispiel dient, auf die zunehmende Mobilität der Bevölkerung, die Sachverhalt hervorbrachte, die mehr als einen Kanton berührten. Die Vereinbarungen zwischen den Kantonen betrafen Verfahren, Zuständigkeit und materiellrechtliche Regelungen, z. B. zu den Folgen der Ehe für das Bürgerrecht der Ehefrau oder zur interkonfessionellen Ehe. In der Schweiz folgte auf das Konkordatsrecht schliesslich Bundesrecht, als sich die Konkordate, die nur die beitretenden Kantone banden, als unzulänglich erwiesen.

Ein ganz ähnliches Vorgehen haben die Europäischen Staaten hinsichtlich des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts gewählt.⁷⁸ Auf völkerrechtliche Regelungen folgte die Integration in das Europarecht im engeren Sinn. Der Vertrag von Rom zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) vom 25. März 1957 verpflichtete die Mitgliedsstaaten, Verhandlungen einzuleiten über «die Vereinfachung der Förmlichkeiten für die gegenseitige Anerkennung und Vollstreckung richterlicher Entscheide und Schiedssprüche».⁷⁹ Dem kamen die Parteien 1968 durch den Abschluss des sog. «Brüssler Übereinkommens» über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen⁸⁰ nach, welches in der Folge mehrfach angepasst wurde,⁸¹ das Familienrecht allerdings noch nicht einschloss.⁸² Völkerrechtlich erfolgte die Integration weiterer Staaten durch das sog. Luganoübereinkommen.⁸³ Der Vertrag von Amsterdam⁸⁴ übertrug 1999 die Rechtssetzung im Bereich des Kollisions-

78 Vgl. dazu z. B. Mayr, Peter G. / Czernich, Dietmar, *Europäisches Zivilprozessrecht, Eine Einführung*, Wien 2006, S. 15 ff.

79 Art. 220 Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (zu finden u. a. hier: <http://eur-lex.europa.eu/de/treaties/dat/11957E/tif/11957E.html>); dann Art. 293 EGV.

80 Übereinkommen von Brüssel von 1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, konsolidierte Fassung Amtsblatt Nr. L 299 vom 31. Dezember 1972 S. 32 ff.

81 Konsolidierte Fassung: ABL. C 27 vom 26. Januar 1998, S. 1 ff.

82 Art. 1: «... Es ist nicht anzuwenden auf: 1. den Personenstand, die Rechts- und Handlungsfähigkeit sowie die gesetzliche Vertretung von natürlichen Personen, die ehelichen Güterstände, das Gebiet des Erbrechts einschliesslich des Testamentsrechts; ...».

83 Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 16. September 1988, SR 0.275.11.

rechts auf den Gemeinschaftsgesetzgeber.⁸⁵ Bemerkenswert ist, dass Rechtsakte in diesem Bereich, seit dem Vertrag von Nizza aus dem Jahre 2003,⁸⁶ – mit Ausnahme der familienrechtlichen Aspekte⁸⁷ – nicht mehr einstimmig sondern im Mitentscheidungsverfahren nach Art. 251 EGV (heute 293 EAUV) beschlossen werden können. Der Rat hat von seiner Zuständigkeit Gebrauch gemacht und auffallend schnell das familienrechtliche Kollisionsrecht geregelt.⁸⁸ Auch auf materiell-rechtlicher Ebene ist eine langsame, aber stetige Rechtsangleichung zu beobachten. Neben einer Reihe von völkerrechtlichen Verträgen,⁸⁹ an denen auch die europäischen Staaten mitwirken, beobachten wir Rechtsvereinheitlichung auf Basis der gemeinsamen Verfassungstradition der Mitgliedstaaten, also aufgrund von Grundrechten. Akteur ist hier der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in Strassburg, dessen Rechtsprechung im Bereich der Grund- und Menschenrechte der EuGH insbesondere auch im Bereich von Art. 8 EMRK mehr als konsequent übernimmt.⁹⁰ In der Folge weisen die europäischen Familienrechte, gerade in grund-

84 Vertrag von Amsterdam zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union, der Verträge zu Gründung der Europäischen Gemeinschaften sowie einiger damit zusammenhängender Rechtsakte, ABl. C 340 vom 10. November 1997.

85 Art. 61 lit c EGV, Art. 65 EGV.

86 Vertrag von Nizza zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union, der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften sowie einiger damit zusammenhängender Rechtsakte, unterzeichnet in Nizza am 26. Februar 2001, ABl. C 80 vom 10.3.2001, Art. 2 Abs. 4.

87 Art. 67 Abs. 5 EGV.

88 – Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. L 12 vom 16. Januar 2001, S. 1–23 (Berichtigung in: ABl. L 307 vom 24. November 2001, S. 28 ff.).

– Verordnung (EG) Nr. 1347/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung für die gemeinsamen Kinder der Ehegatten, ABl. L 160 vom 30. Juni 2000, S. 19 ff., ersetzt durch Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des Rates vom 27. November 2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000, ABl. L 338 vom 23. Dezember 2003, S. 1 ff.

89 Zum völkerrechtlichen Schutz der Familie vgl. z. B. Palm-Risse, Martina, Der völkerrechtliche Schutz von Ehe und Familie (Schriften zum Völkerrecht 94), Berlin, 1990.

90 Vgl. dazu z. B. Zelger, Ulrich, Die Familie im Recht der EG, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2006, S. 427 ff., hier S. 431 ff.

rechtlich strittigen Fragen, die Gegenstand der Verfahren vor dem EGMR werden, zunehmend Ähnlichkeiten auf. Europarechtliche Einflüsse zeigen sich z. B. im Bereich des Namensrechts, seit der EuGH verschiedentlich festgestellt hat, dass unzulässige Beschränkungen der Personenfreizügigkeit auch dann vorliegen, wenn der Aufnahmestaat einen in einem anderen Mitgliedsstaat geführten Namen nicht anerkennt⁹¹ oder wenn er es Einwanderern untersagt, einen Namen nach den Vorschriften ihres Heimatlandes zu besitzen⁹². Es zeigt sich daher, dass enge wirtschaftliche und gesellschaftliche Verflechtungen, Migration und eine gemeinsame Wertebasis in der Schweiz und in Europa zu gemeinsamen und vereinheitlichten Regelungen führen. Tendenziell – und das ist auch die Schweizer Erfahrung – geht damit eine Kompetenzverlagerung hin zum Zentrum einher. Da die Mobilität der Menschen Folge engerer wirtschaftlicher Zusammenarbeit ist, scheint das Zusammenwachsen eines Wirtschaftsraums Zusammenarbeit und eine gewisse Rechtsangleichung auch in wirtschaftsfernen Rechtsbereichen, wie dem Familien-, Erb- und Personenrecht nach sich zu ziehen.

Abschliessend sei noch darauf hingewiesen, dass die Grenze konkordatsrechtlicher Regelungen durch das Einstimmigkeitsprinzip vorgegeben ist, das für den Abschluss von Vertragsrecht erforderlich ist. In der Schweiz wurde dieses, nach heftigen inneren Auseinandersetzungen, die im Sonderbundkrieg von 1847 gipfelten, durch die Bundesverfassung 1848 überwunden. Diese liess Mehrheitsentscheide für bundesrechtliche Regelungen, aber auch für die Novellierung der Verfassung selbst, zu. Das Einstimmigkeitsprinzip begrenzt auch die europäische Integration. Die schweizer Integrationsgeschichte könnte wohl zeigen, wie vorsichtig der Übergang von der Einstimmigkeit zu Mehrheitsentscheidungen zu unternehmen ist, wenn die Gemeinschaft nicht übermässig belastet werden soll.

91 Vgl. z. B., besonders eindrücklich, das Urteil des EuGH vom 11. Oktober 2008, Grunkin and Paul, Rs. C-353/06 bezüglich des Namens eines in Dänemark aufgewachsenen Deutschen.

92 Z. B. Urteil EuGH vom 2. Oktober 2003, Garcia Avello g. Belgien, Rs. C-148/02.

Die Verfassung der «Vereinigten Staaten von Amerika» von 1787

Föderalismus als (Inter)nationale Ordnung

Robert Schütze*

1. Einleitung

Der Föderalismus hat eine lange «Reise durch die Zeit auf der Suche nach Sinn» gemacht.¹ Sein etymologischer Ursprung liegt im «foedus» – einem Wort, das Vertrag bedeutete.² Vertragliche Bindungen können aber verschieden geschlossen werden und das föderale Prinzip war daher für eine Vielzahl konzeptioneller Richtungen offen. Schon früh wurde die Idee des Föderalismus mit Vereinbarungen politischer Ordnungen assoziiert. Es gab aber keine antike Theorie des Föderalismus;³ und auch im Mittelalter fand das föderale Prinzip nur wenig Licht zum Wachsen.⁴ Der moderne Föderalismus tritt erst mit dem Entstehen des neuzeit-

* Alle Übersetzungen sind die des Verfassers. Ich danke herzlich Daniel Halberstam und Konrad Lachmayer.

1 S. R. Davis, *The Federal Principle: A Journey through Time in the Quest of Meaning* (University of California Press, 1978). Für ebenso brillante Einführungen, siehe auch: O. Beaud, *Théorie de la Fédération* (Presses Universitaires de France, 2007); E. Deuerlein, *Föderalismus: Die historischen und philosophischen Grundlagen des föderativen Prinzips* (List, 1972); R. Kosseleck, *Bündnis, Föderalismus, Bundesstaat*, in: O. Brunner, W. Conze & R. Kosseleck (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe: Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland* (Klett, 1974–97), 582; M. Forsyth, *Union of States: The Theory and Practice of Confederations* (Leicester University Press, 1981); und B. Vuyenne, *Histoire de l'idée federalist: Les Sources* (Presses d'Europe, 1973).

2 Der lateinische Begriff «foedus» bezieht sich auf «fides» – die «Treue» und das «Vertrauen». Das Mittelalter fügt ihm manchmal das Präfix «kon» hinzu. Das Ergebnis war ein Pleonasmus, der unterstrich, dass es sich um eine Vereinigung von Menschen «mit» Menschen handelte (s. B. Vuyenne, *ibid.*, 61).

3 In der griechischen Philosophie wird die Föderation (*koïnon*) vom Stadtstaat (*polis*) überschattet, siehe: E. Deuerlein (Fn. 1), 307. Im Römischen Reich ist *foedus* ein Militärbündnis, bei dem die *con-foederati* sich Treue schworen.

4 Der mittelalterliche Universalismus marginalisiert die konstitutionellen Theorien der politischen Verschiedenheit, siehe: S. R. Davis (Fn. 1), 35.

lichen europäischen Staatensystems hervor. In föderalen politischen Ordnungen ist Macht zwischen einem einheitlichen Zentrum und einer vielheitlichen Peripherie geteilt. Föderalismus steht für eine architektonische Struktur der «Einheit in Vielfalt».

Es ist aber nicht nur eine, sondern es sind gleich drei föderale Traditionen, die in der Neuzeit entstehen. Zunächst engt das klassische Souveränitätsdogma den Föderalismus auf rein *völkerrechtliche* Beziehungen zwischen souveränen Staaten ein. (Kon)föderale Ordnungen werden als permanente internationale Organisationen begriffen. Am Ende des 18. Jahrhunderts wird dieses internationale Föderalismuskonzept von der amerikanischen Verfassungstradition überschattet. In dieser zweiten Tradition wird die föderale Idee mit der konkreten Verfassungsrealität der «Vereinigten Staaten von Amerika» als «Mittelweg» zwischen internationaler und nationaler Organisationsstruktur verbunden. Dieser konzeptionelle «Mischbegriff» wird zwar bald nach Europa exportiert, doch wird er hier im Laufe des 19. Jahrhunderts in ein rein «nationales» Korsett gezwängt. Diese dritte Begriffstradition hat den Föderalismus auf den «Bundesstaat» verengt. Im *europäischen* Bundesstaat ist die Souveränitätsfrage damit zugunsten des Zentralstaates gelöst.⁵

Können wir die Europäische Union als Föderation begreifen? Europas rechtliche Struktur wird oft als *sui generis* porträtiert. Das ist konzeptionell und historisch kurzsichtig. Dieser Beitrag sucht nach amerikanischen Vergleichen, wobei die Überzeugung geteilt wird, «dass ältere Lehren des Föderalismus zwar keine Blaupause für die europäische Integration darstellen, diese allerdings für das Verständnis der Europäischen Union helfen können».⁶ Die Untersuchung dieser «Vergleichbarkeitsthese» erfolgt in drei Teilen. Ein erster Abschnitt rekonstruiert die «klassische» Tradition des Föderalismus. Nur vor diesem semantischen Hintergrund kann die amerikanische Verfassungsdebatte am Ende des 18. Jahrhunderts verstanden werden. Die Neuheit der amerikanischen Föderalistradition ist die Idee der geteilten oder doppel-

5 Für eine Analyse dieser «europäischen Föderalistradition», siehe: R. Schütze, *From Dual to Cooperative Federalism* (Oxford University Press, 2009) 30–36 und 58 ff.

6 M. Forsyth, *The Political Theory of Federalism: The Relevance of Classical Approaches*, in: J. Hesse & V. Wright (Hrsg.), *Federalizing Europe?: The Costs, Benefits, and Preconditions of Federal Political Systems* (Oxford University Press, 1996), 25.

ten Souveränität. Der «Bund» wird als ein *mixtum compositum* verstanden, in dem die Souveränitätsfrage offen bleibt. Dabei entstehen Verfassungskonflikte über das Verhältnis zwischen der Union und ihren Gliedern. Der dritte Teil geht auf zwei Verfassungskrisen ein, durch die die Ideen der «Interposition» und «Nullifikation» geformt werden. Die Zusammenfassung spannt schliesslich den Bogen zur Europäischen Union.

2. Die «klassische» Tradition: der «internationale» Begriff des Föderalismus

Der moderne Föderalismus entsteht mit dem Westfälischen Staatensystem. Der philosophische Kern dieses Systems ist die rechtliche Unabhängigkeit jedes einzelnen Staates.⁷ Dieser normative Pluralismus formt den konzeptionellen Hintergrund aller politischen Föderalismuslehren. Nur durch ihn kann Föderalismus als rechtliche Verbindung *verschiedener* politischen Ordnungen begriffen werden. Die föderale Idee trifft damit auch gleich auf ein normatives Dilemma, da die Befürworter staatlicher Souveränität die Existenz jeglicher supranationaler Autorität leugnen und eine Unterscheidung einführen, welche das moderne Rechtsdenken seit jeher strukturiert: die Unterscheidung zwischen nationalem und internationalem Recht. Ersteres ist zwingendes Recht und steht für Unterordnung. Letzteres ist freiwilliges Recht und steht für Nebenordnung. Nach diesem «klassischen» Verständnis kann es ein «öffentliches Recht» souveräner Staaten nicht geben. Ein zwingendes Völkerrecht ist eine *contradictio in adjecto*: um «zwingen» zu können, bedarf es einer Autorität über den Staaten; aber diese supranationale Ordnung darf es nicht geben, solange die Souveränität prägendes Merkmal des modernen Staates ist. Unter der Prämisse der Staaten-Souveränität müssen alle Beziehungen zwischen Staaten freiwillig und zwanglos bleiben.⁸

7 E. de Vattel, *Le Droit Des Gens* (Elibron Classics, 2006), 77 – Préliminaires, § 4: «[L]es Nations ou les États souverains doivent être considérées comme autant de personnes libres, qui vivent entre elles dans l'état de nature.»

8 E. de Vattel, *ibid.*, 57-9 – Préface: «Dès le commencement de mon ouvrage, on trouvera que je diffère entièrement de M. Wolff dans la manière d'établir les fondements de cette espèce de droit des gens, que nous appelons *volontaire*. M. Wolff le déduit de l'idée d'une espèce de grande république (*civitas maxima*) instituée par la

Wie kann sich das Völkerrecht des 17. Jahrhunderts dann «Staaten-Ordnungen» wie die Schweizerische Eidgenossenschaft, die Vereinigten Provinzen der Niederlande und das Heilige Römische Reich Deutscher Nation erklären? Die klassische Föderalismustradition entsteht in der diskursiven Auseinandersetzung mit diesen theoretischen «Missgebilden». Zusammengesetzte Staatsgebilde passen nicht in diese normative Welt, die der Idee der Souveränität huldigt. Um diese rechtlichen Kuriositäten dennoch in Einklang mit dem Souveränitätsdogma zu bringen, werden sie in eine konzeptionelle Dichotomie gezwungen: Entweder sind sie völkerrechtliche Vielheit *oder* nationale Einheit.⁹ So wird die Schweizer Eidgenossenschaft von *Bodin* als rein völkerrechtlicher Verband verstanden, in dem die Kantone ihre volle Souveränität erhalten haben; während das Deutsche Reich als Einheitsstaat mit aristokratischer Regierung klassifiziert wird.¹⁰ Der Föderalismus wird dabei mit rein *völ-*

nature elle-même, et de laquelle toutes les nations du monde sont les membres. Sui-
vant lui, le droit des gens *volontaire* sera comme le droit civil de cette grande répu-
blique. Cette idée ne me satisfait point, et je ne trouve la fiction d'une pareille répu-
blique ni bien juste, ni assez solide pour en déduire les règles d'un droit des gens uni-
versel et nécessairement admis entre les États souverains. Je ne reconnais point d'au-
tre société naturelle entre les nations, que celle-là même que la nature a établie entre
tous les hommes. Il est de l'essence de toute société civile (*civitatis*) que chaque
membre ait cédé une partie de ses droits au corps de la société, et qu'il y ait une au-
torité capable de commander à tous les membres, de leur donner des lois, de con-
traindre ceux qui refuseraient d'obéir. On ne peut rien concevoir, ni rien supposer
de semblable entre les nations. Chaque État souverain se prétend, et est effective-
ment, indépendant de tous les autres.»

9 O. von Gierke, *The Development of Political Theory* (Allen & Unwin, 1939), 263.

10 J. Bodin, *Method for the Easy Comprehension of History* (Octagon Books, 1966), 165-6 and 207: «But that all ambiguity be removed, we may ask whether govern-
ments federated among themselves can create one and the same state; for example,
the city-states of the Swiss ... But to have exchange of goods, sanctity of contract,
rights of intermarriage and of mutual entertainment, finally a form bond of friend-
ship does not create one and the same republic... Thirteen Swiss city-states ...
sealed a lawful alliance to the effect that they would not injure each other and that
in their common peril they would fight their sword foes with mutual aid. But there
is no common authority and no union. [...] Thus the separate city-states of the Hel-
vetians are bound by decrees of the others only so far as they voluntarily agree, as
in private partnerships. On the contrary, in one and the same domination what plea-
ses the majority binds all. A different opinion must be given about the ... German
imperial towns and provinces, which compose a state because they are subordinated
to the same empire and the same emperor ... [where] the princes have more power
over the citizens than the emperor himself[.]»

kerrechtlichen Beziehungen souveräner Staaten assoziiert.¹¹ Eine Staaten-Föderation ist ein völkerrechtlicher Staatenbund:

[Ein föderales System] besteht aus mehreren Staaten, die sich durch einen ewigen Vertrag verbinden. Es entsteht in der Regel dadurch, dass die einzelnen Staaten zwar ihre Autonomie bewahren wollen, aber doch nicht stark genug sind, ihre gemeinsamen Feinde abzuwehren. *In diesem föderalen Vertrag gibt es häufig eine Vereinbarung, die die Ausübung des einen oder anderen Teils der höchsten Souveränität von der Zustimmung aller abhängig macht.* Denn ein Vertrag, der ein föderales System begründet, unterscheidet sich von jenen Verträgen, die sonst häufig zwischen Staaten geschlossen werden, hauptsächlich darin: Letztere verpflichten die Völker zwar zu gegenseitigen Leistungen, aber ohne die Ausübung des Souveränitätsrechts, aus welchem diese Leistungen fließen, dem Willen der Bundgenossen zu unterstellen oder die vollkommene und unbegrenzte Souveränität eines Staates zu begrenzen. Diese einfachen Verträge haben gewöhnlich nur einen besonderen Vorteil der verschiedenen Staaten vor Augen, welchen diese zufällig gemeinsam verfolgen. Diese Verträge begründen keinen ewigen Bund in Angelegenheiten, welche die Hauptzwecke des Staates betreffen. *Der Fall ist ganz anders in [föderalen] Systemen. Diese Verträge zielen darauf ab, verschiedene Staaten im Interesse ihrer Sicherheit auf ewig miteinander zu verbinden. Und zu diesem Zweck machen sie die Ausübung bestimmter Teile ihrer höchsten Gewalt von der Zustimmung ihrer Verbündeten abhängig.*¹²

Dieses völkerrechtliche Föderalismusverständnis knüpft an die Unterscheidung zwischen «endlichen» und «ewigen» Verträgen. In föderalen Systemen werden souveräne Staaten durch einen «ewigen» Vertrag verbunden. Durch diesen Vertrag verpflichten sich die Staaten, die Ausübung gemeinsamer Interessen an einen «Rat» zu delegieren. Sie behal-

11 John Locke definiert deshalb die «federative power» als «the power of war and peace, leagues and alliances, and all the transactions with all persons and communities without the commonwealth»; siehe: J. Locke, *Two Treatises of Government* (Cambridge University Press, 1988), 365 – § 146.

12 Samuel von Pufendorf, *The Law of Nature and Nations – Volume II* (Clarendon Press, 1934), 1046-7 (Hervorhebungen durch den Verfasser).

ten aber ihre Unabhängigkeit in all jenen Bereichen, die «von geringem oder keinem Interesse für die anderen Staaten» sind. In einem «regulären» föderalen System sind alle Mitgliedstaaten gleich und autonom. Sie können den Bund freiwillig verlassen. Der «reguläre» Bund respektiert also voll und ganz die Souveränität seiner Mitglieder. Er arbeitet einstimmig: «Die Freiheit eines Staates ist nichts anderes als die Macht, nach eigener Einschätzung über Fragen seiner Selbsterhaltung selbst zu entscheiden.» «Es ist daher unvorstellbar, dass er in diesen Fragen von einer anderen Autorität gezwungen wird, etwas gegen seinen Willen zu tun.» «Denn es ist eine Sache, zu versprechen: ‹Ich will mein Recht nicht ausüben, wenn ihr nicht wollt›, und etwas ganz anderes zu sagen: ‹Ihr könnt verlangen, dass ich mein Recht ausübe, obwohl ich es nicht will›. Das erste Versprechen, aber nicht das zweite, ist im Bundesvertrag enthalten.» Wo das Prinzip der Einstimmigkeit durch das der Mehrheitsentscheidung ersetzt wird, verwandelt sich der Staatenbund in ein «irreguläres System», welches sich «der Natur des Staates annähert».¹³

Dieser Föderalismusbegriff wird zum Goldstandard des klassischen Völkerrechts. Er wird von Vattels «*Droit des Gens*», dem gefeierten Lehrbuch des 18. Jahrhunderts aufgegriffen. «Jede Nation, die sich selbst regiert, unter welcher Form auch immer, und ohne jedwede Abhängigkeit ausländischer Mächte, ist ein *souveräner Staat*». Und ein Staat, der in die Völkergemeinschaft aufgenommen werden will, muss souverän sein.¹⁴ Es ist daher von grundlegender Bedeutung, dass ein Staat in all seinen Beziehungen zu anderen Staaten seine Souveränität behält.¹⁵ Dies bedeutete für die Theorie des Bundes folgendes:

§ 10. Von Staaten, die eine Bundesrepublik bilden

Schliesslich können sich mehrere souveräne und unabhängige Staaten zu einem ewigen Bund vereinen, *ohne aufzuhören, jeder ein*

13 Ibid. 1050-2.

14 E. de Vattel, *Les Droit des Gens* (Fn. 7), 123: «Pour qu'une nation ait droit de figurer immédiatement dans cette grande société, il suffit qu'elle soit véritablement souveraine et indépendante, c'est-à-dire quelle se gouverne elle-même, par sa propre autorité et par ses lois.»

15 Im ersten Kapitel des ersten Buches seines «*Droit des Gens*» analysiert Vattel die verschiedenen Staatenverbindungen seiner Zeit: «Des États liés par des alliances inégales» (§ 5); «Ou par des traités de protection» (§ 6); «Des États tributaires» (§ 7); «Des États feudataires» (§ 8); «De deux États soumis au même prince» (§ 9); und endlich: «Des États formant une république fédérative» (§ 10).

perfekter Staat zu sein. Sie bilden zusammen eine Bundesrepublik: ihre gemeinsamen Beratungen *beeinträchtigen dabei nicht im Geringsten die Souveränität der Mitgliedstaaten, auch wenn sie, in bestimmten Bereichen, die Ausübung ihrer Souveränität freiwillig beschränken.* Aber eine Person hört eben nicht auf, frei und unabhängig zu sein, wenn sie Verpflichtungen erfüllen muss, zu denen sie sich freiwillig verpflichtet hat. So war es früher mit den Städten Griechenlands und ist es heute mit den Vereinigten Provinzen der Niederlande und den Mitgliedern der Schweizerischen Eidgenossenschaft.

§ 11. Von einem Staat, der unter die Herrschaft eines anderen geraten ist

Aber ein Volk, das unter die Herrschaft eines anderen gerät, ist kein Staat mehr. Es kann sich nicht mehr direkt auf das Völkerrecht berufen. Dies geschah mit den Völkern und Königreichen, die die Römer ihrem Reich unterwarfen: selbst die Mehrheit jener, die sie mit den Namen «Freund» und «Verbündeter» auszeichneten, waren keine wahren Staaten mehr. Diese Völker wurden zwar, im Inneren, von ihren eigenen Gesetzen und Richtern regiert; aber nach aussen waren sie verpflichtet, in jeder Sache die Befehle Roms zu befolgen. Sie wagten es nicht mehr selbst Krieg zu führen oder Allianzen zu schmieden und konnten nicht mit anderen Nationen verkehren.¹⁶

Ein Bundesvertrag war ein auf Dauer angelegter Vertrag, der die Errichtung eines ständigen diplomatischen Kongresses beinhaltete. Dennoch würden die «gemeinsamen Beratungen» der Mitgliedstaaten nicht deren Souveränität beeinträchtigen. Die Verpflichtungen innerhalb des Bundes waren «freiwillige Verpflichtungen», welche es jedem Mitglied erlaubten, ein «perfekter Staat» zu bleiben. Der völkerrechtliche Bund war selbst kein Staat. Staaten waren seine Mitglieder. Der Bund endete dort, wo die Mitgliedstaaten aufhörten Staaten zu sein; denn hier konnten sie sich nicht mehr auf das Völkerrecht berufen.

Warum sollten sich Staaten föderalisieren? Im 18. Jahrhundert werden auf diese Frage zwei berühmte philosophische Antworten gegeben:

16 Ibid., 131–135 (Hervorhebungen durch den Verfasser).

Die erste verweist auf einen partikularen, die zweite auf einen universalen Zweck. In «*De l'Esprit des Lois*» nennt *Montesquieu* einen konkreten Zweck für die Gründung von Bundesrepubliken. «Wenn eine Republik klein ist, dann wird sie durch eine äussere Macht zerstört; wenn sie gross ist, dann zerstört sie sich durch ein inneres Laster.» Um diesen «zweifachen Nachteil» wettzumachen, müssen Demokratien versuchen «alle inneren Vorteile der Republik mit der äusseren Kraft der Monarchie» zu verbinden. Die Lösung lag in der Schaffung einer «Bundesrepublik» (*république fédérative*). «Diese Herrschaftsform (*forme de gouvernement*) ist eine Vereinbarung, durch welche sich mehrere politische Ordnungen vereinen, um Bürger eines grösseren Staates zu werden. Es ist eine Gesellschaft von Gesellschaften, die eine neue bilden [...]» Aus kleinen Republiken bestehend, hat diese Bundesrepublik «die Güte der inneren Regierung jeder einzelnen Republik; und nach aussen hat sie, kraft ihrer Vereinigung, all die Vorteile grosser Monarchien.»¹⁷ Die föderierten Staaten würden ihre Souveränität behalten. Es zählt die Einstimmigkeit;¹⁸ und im Falle von Meinungsverschiedenheiten kann der Bund aufgelöst werden.

Ein zweiter – universaler – Zweck für eine Föderalisierung von Staaten stammt aus der Feder Kants. Kants Entwurf «Zum Ewigen Frieden» argumentiert, dass die Idee eines *Völkerrechts* nur auf der Grundlage einer Föderation souveräner Staaten verwirklicht werden kann.¹⁹ Die Staatengemeinschaft war noch im Naturzustand stecken geblieben. Der einzige Ausweg aus dieser traurigen Lage war Frieden mittels eines Bundesvertrages formal zu stiften. Der zweite Definitivartikel eines solchen Bundesvertrages lautete: «Das Völkerrecht soll auf einen Föderalismus freier Staaten gegründet sein.» Er ist in folgender Weise erklärt:

Völker, als Staaten, können wie einzelne Menschen beurteilt werden, die sich in ihrem Naturzustande (d. i. in der Unabhängigkeit

17 C. de Montesquieu, *De L'Esprit des Lois – Livre IX, Chapitre I* (Société les Belles Lettres, 1955), 5–7.

18 C. de Montesquieu, *Oeuvres Complètes* (Gallimard, 1949), 1005: «[C]omme chaque partie a conservé la souveraineté, il peut être fort bien établi que toutes les résolutions, pour être exécutés, soient unanimes». In diesem Punkt war die Endfassung des «*De l'Esprit des Lois*» vorsichtiger, siehe: C. de Montesquieu, *De L'Esprit des Lois* (Fn. 17), 8.

19 I. Kant, *Zum Ewigen Frieden*, in: I. Kant: *Werke in zwölf Bänden – Band 11* (Suhrkamp, 1977), 195 ff.

von äussern Gesetzen) schon durch ihr Nebeneinandersein lädieren, und deren jeder, um seiner Sicherheit willen, von dem andern fordern kann und soll, mit ihm in eine, der bürgerlichen ähnliche, Verfassung zu treten, wo jedem sein Recht gesichert werden kann. *Dies wäre ein Völkerbund, der aber gleichwohl kein Völkerstaat sein müsste.* Darin aber wäre ein Widerspruch; weil ein jeder Staat das Verhältnis eines Oberen (Gesetzgebenden) zu einem Unteren (Gehorchenden, nämlich dem Volk) enthält, viele Völker aber in einem Staate nur ein Volk ausmachen würden, welches (da wir hier das Recht der Völker gegen einander zu erwägen haben, so fern sie so viel verschiedene Staaten ausmachen, und nicht in einem Staat zusammenschmelzen sollen) der Voraussetzung widerspricht. [...] Da die Art, wie Staaten ihr Recht verfolgen, nie, wie bei einem äussern Gerichtshofe, der Prozess, sondern nur der Krieg sein kann, durch diesen aber und seinen günstigen Ausschlag, den Sieg, das Recht nicht entschieden wird, und durch den Friedensvertrag zwar wohl dem diesmaligen Kriege, aber nicht dem Kriegszustande (immer zu einem neuen Vorwand zu finden) ein Ende gemacht wird (den man auch nicht geradezu für ungerecht erklären kann, weil in diesem Zustande jeder in seiner eigenen Sache Richter ist) ... indessen dass doch die Vernunft, vom Throne der höchsten moralisch gesetzgebenden Gewalt herab, den Krieg als Rechtsgang schlechterdings verdammt, *den Friedenszustand dagegen zur unmittelbaren Pflicht macht, welcher doch, ohne einen Vertrag der Völker unter sich, nicht gestiftet oder gesichert werden kann: – so muss es einen Bund von besonderer Art geben, den man den Friedensbund (foedus pacificum) nennen kann, der vom Friedensvertrag (pactum pacis) darin unterschieden sein würde, dass dieser bloss einen Krieg, jener aber alle Kriege auf immer zu endigen suchte. Dieser Bund geht auf keinen Erwerb irgend einer Macht des Staats, sondern lediglich auf Erhaltung und Sicherung der Freiheit eines Staats, für sich selbst und zugleich anderer verbündeten Staaten, ohne dass diese doch sich deshalb (wie Menschen im Naturzustande) öffentlichen Gesetzen, und einem Zwange unter denselben, unterwerfen dürfen.*²⁰

20 Ibid., 208–211 (Hervorhebungen durch den Verfasser).

Der Völkerbund sollte auf einem Vertrag gegründet sein. Dieser *foedus pacificum* wäre die Quelle allen Völkerrechts als eines *Rechts* auf Frieden. Allerdings würde der Vertrag die Föderation nicht mit «irgend einer Macht des Staats» ausstatten. Die Gliedstaaten müssten sich nicht «öffentlichen Gesetzen, und einem Zwange unter denselben, unterwerfen». Ihre Souveränität bliebe uneingeschränkt. Ein Völkerbund – als Bund von Staaten – war kein Völkerstaat. Und auch wenn die *Idee* einer «Weltrepublik» wünschenswert war, die kulturelle Verschiedenheit der Menschheit würde aus dieser bald eine Welt-Despotie machen.²¹ Die soziale Realität war nicht reif für die Idee des Völkerstaats. Deshalb zog Kant der «positiven Idee» der Weltrepublik den Staatenbund als «negatives Surrogat» vor.

3. Die amerikanische Tradition: der «Mischbegriff» des Föderalismus

Die klassische Föderalismustradition dominierte das 18. Jahrhundert. Nur vor diesem ideengeschichtlichen Hintergrund können wir die semantische Revolution verstehen, die am Ende jenes Jahrhunderts in Amerika begann. Die erste amerikanische Verfassung selbst folgte noch dem internationalen Begriff der föderalen Idee. Die «Artikel der Konföderation und Ewigen Union» gründen 1777 die «Vereinigten Staaten von

21 I. Kant, Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis, in: I. Kant, Werke in zwölf Bänden - Band 11 (Suhrkamp, 1977), 169-70: «So wie allseitige Gewalttätigkeit und daraus entspringende Not endlich ein Volk zur Entschließung bringen mußte, sich dem Zwange, den ihm die Vernunft selbst als Mittel vorschreibt, nämlich dem öffentlicher Gesetze zu unterwerfen, und in eine *staatsbürgerliche* Verfassung zu treten: so muß auch die Not aus den beständigen Kriegen, in welchen wiederum Staaten einander zu schmälern oder zu unterjochen suchen, sie zuletzt dahin bringen, selbst wider Willen, entweder in eine *weltbürgerliche* Verfassung zu treten; oder, ist ein solcher Zustand eines allgemeinen Friedens (wie es mit übergroßen Staaten wohl auch mehrmalen gegangen ist) auf einer andern Seite der Freiheit noch gefährlicher, indem er den schrecklichsten Despotismus herbei führt, so muß sie diese Not doch zu einem Zustande zwingen, der zwar kein weltbürgerliches gemeines Wesen unter einem Oberhaupt, aber doch ein rechtlicher Zustand der *Föderation* nach einem gemeinschaftlich verabredeten *Völkerrecht* ist.»

Amerika».²² Die dreizehn Gründerstaaten versprachen sich «hiermit einzeln in einen festen Bund der Freundschaft einzutreten; der zu seinem Zweck die gemeinsame Verteidigung, Sicherheit und Freiheit, und das gegenseitige und allgemeine Wohl haben soll».²³ Die «Vereinigten Staaten» waren selbst kein Staat. Nach der Verfassung lag die Souveränität bei den Mitgliedstaaten: «Jeder Staat behält seine Souveränität, Freiheit und Unabhängigkeit, und alle Kompetenzen, welche nicht durch die Konföderationsartikel ausdrücklich auf die Vereinigten Staaten im Kongress versammelt übertragen wurden.»²⁴ Auch wenn die Konföderationsartikel nicht vollkommen mit der herrschenden Lehre des 18. Jahrhunderts übereinstimmten – sie wichen vom Dogma der Einstimmigkeit ab – so waren sie doch dem Geist eines völkerrechtlichen Bundes souveräner Staaten treu geblieben.²⁵

Die semantische Untergrabung des völkerrechtlichen Föderalismusbegriffs begann erst mit der zweiten amerikanischen Union. Inhalt und Bedeutung der föderalen Idee wurden von der Verfassung von 1787 – dem wohl wichtigsten «Sprechakt» der Geschichte des Föderalismus – für immer verändert. Nach einem Jahrzehnt Konföderation waren die «Laster» des alten Bundes offensichtlich geworden. Man suchte nach einer «perfekteren Union». Der Verfassungskonvent von Philadelphia schlug deshalb einen «konsolidierteren» Bund vor. Dieser Vorschlag löste eine hitzige Debatte über die «bündischen» und «nationalen» Elemente der Verfassungsstruktur dieser neuen Union aus. Die Gegner der neuen Verfassung warfen dem Konvent vor, sein Mandat übertreten zu haben. Er sei beauftragt gewesen, «die *föderale* Form, in welcher die Union ein Bund *souveräner Staaten* ist, zu wahren». Stattdessen wolle er «eine *nationale* Ordnung errichten, in welcher der Bund als eine *Konsolidierung* der Staaten erscheint».²⁶ Die Replik auf diese Anschuldigung wird zum Ausgangspunkt eines neuen Föderalismusverständnisses. Die Befürworter einer stärkeren Konsolidierung nennen sich nämlich, rhe-

22 Konföderationsartikel, Artikel I. Die Konföderationsartikel waren zwar schon 1777 verfasst worden, traten aber erst 1781 mit Ratifizierung der Union durch Maryland in Kraft.

23 Konföderationsartikel, Artikel III.

24 Konföderationsartikel, Artikel II.

25 S. R. Davis (Fn. 1), 75.

26 J. Madison, Federalist No. 39, in: A. Hamilton, J. Madison & J. Jay, *The Federalist* (Cambridge University Press, 2003), 184 (Hervorhebungen durch den Verfasser).

torisch geschickt, «Föderalisten», deren Aufsätze unter dem Namen «*The Federalist*» bekannt werden sollen.²⁷ Dieser semantische Schachzug zwingt jene, die auf den völkerrechtlichen Charakter der Union pochen, sich – ironischerweise – als «*Anti-Föderalisten*» zu deklarieren.

Eine neue föderale Tradition ist entstanden. In dieser Tradition wird die föderale Idee mit der verfassungspositiven Realität von 1787 assoziiert, also einem Kompromiss, in welchem den Vereinigten Staaten eine Struktur «zwischen» internationaler und nationaler Ordnung gegeben wurde. Dieses neue – amerikanische – Verständnis der föderalen Idee ist im «*Federalist No. 39*» verewigt. Hier untersucht *Madison* die jeweils «bündischen» und «nationalen» Elemente der Verfassung von 1787. («Föderal» heisst hier immer noch «international». «National» hingegen bedeutet «unitarisch».) Drei analytische Dimensionen werden herausgestellt: eine «konstitutionelle», eine «institutionelle» und eine «funktionelle» Dimension. Die erste betrifft den Ursprung und die rechtliche Natur der neuen Ordnung; die zweite analysiert die Zusammensetzung der Staatsorgane; während die dritte sich mit der Art und dem Umfang der Bundeskompetenzen befasst.

Im *konstitutionellen* Sinn hat die politische Ordnung von 1787, ebenso wie die Konföderation von 1777, einen föderalen Ursprung. Was heisst das? Es bedeutet, dass die Verfassung «durch das Volk, und zwar nicht als Individuen einer Nation, sondern in den unterschiedlichen und unabhängigen Staaten, zu denen sie gehören,» ratifiziert worden ist. Die «einstimmige Zustimmung der Staaten», die dem Bund beitreten wollten, war erforderlich. Die Verfassung gründete sich somit «weder auf die Entscheidung einer *Mehrheit* des Volkes der Union, noch auf eine *Mehrheit* der Staaten».²⁸ «Jeder Staat, der die Verfassung ratifiziert, handelt als sou-

27 M. Diamond, *The Federalist's View of Federalism*, in: G. C. S. Benson (Hrsg.), *Essays in Federalism* (Claremont College Press, 1962), 23: «[W]e must remember that the choice of *The Federalist* as the title of the essays was regarded by many as a shrewd and unwarranted usurpation of that term.»

28 *Federalist No. 39* (Fn. 26), 184. *Madison* fährt wie folgt fort: (ibid., 185): «Were the people regarded in this transaction as forming one nation, the will of the majority of the whole people of the United States would bind the minority, in the same manner as the majority in each State must bind the minority; and the will of the majority must be determined either by a comparison of the individual votes, or by considering the will of the majority of the States as evidence of the will of a majority of the people of the United States. Neither of these rules have been adopted.»

veräne Einheit, die sich, unabhängig von den anderen, nur durch ihren freiwilligen Akt bindet.» Deshalb «wird die neue Verfassung, wenn verabschiedet, einen *föderalen* und keinen *nationalen* Ursprung haben».²⁹

Dennoch unterschied sich die neue Verfassung von der alten in einem wichtigen Punkt. Die Konföderationsartikel waren von den Parlamenten der Staaten ratifiziert worden. Die Verfassung von 1787 selbst konnte aber nur durch die «Zustimmung und Ratifizierung der einzelnen Staaten, in der höchsten Autorität jedes Staates: seines eigenen Volkes» ratifiziert werden.³⁰ Anstelle des Parlaments – welches das Volk nur *vertrat* – trat nun das Staatsvolk selbst. Die Idee der direkten Volksabstimmung wurde in der berühmten «*We the People*»-Formel ausgedrückt. Doch war es nicht das «amerikanische Volk», sondern es waren die Völker der Einzelstaaten, auf die die Präambel anspielte.³¹ Durch die Zustimmung jedes Gliedstaatenvolkes war das ratifizierte Dokument nicht mehr nur «Legislativvertrag». Es war ein «*Verfassungsvertrag*», der hierarchisch über den Gliedstaatenparlamenten angesiedelt war.

Welche Autorität würde die einmal ratifizierte Verfassung später ändern können? Wiederum anders als die Konföderationsartikel verlangte die Verfassung von 1787 keine Einstimmigkeit für Verfassungsän-

29 Iddid., 185.

30 Federalist No. 39 (Fn. 26), 184 (Hervorhebungen durch den Verfassers).

31 Die Formel «We the people of the United States» deutete einfach darauf hin, dass es das «Volk» (oder besser: die Völker) der Staaten direkt war(en) – und nicht nur deren indirekte parlamentarische Repräsentanten, welche die Verfassung ratifiziert hatten. Der ursprüngliche Entwurf der Verfassungspräambel von 1787 las sich tatsächlich so: «We, the people of the States of New Hampshire, Massachusetts, Rhode-Island and Providence Plantations, Connecticut, New-York, New-Jersey, Pennsylvania, Delaware, Maryland, Virginia, North-Carolina, South-Carolina, and Georgia, do ordain, declare and establish the following constitution for the government of ourselves and our posterity.» Warum war die Aufzählung der Staaten wegetuschiert worden? Es war wohl die Unsicherheit, welche der dreizehn Staaten die Verfassung ratifizieren würden (nach Artikel VII waren nur neun dieser Staaten erforderlich), die das «Committee of Style» des Verfassungskonvents dazu veranlasste, sich gegen eine solche Aufzählung zu entscheiden. Und selbst ein überzeugter «Nationalist» wie Chief Justice J. Marshall verstand «the people» im Sinne der Staatenvölker; siehe *McCulloch v Maryland*, 17 U. S. 316, 403 (1819): «No political dreamer was ever wild enough to think of breaking down the lines which separate the States, and of compounding the American people into one common mass. Of consequence, when they act, they act in their States. But the measures they adopt do not, on that account, cease to be the measures of the people themselves, or become the measures of the State governments.»

derungen. Das neue Änderungsverfahren war in Artikel V der Verfassung festgelegt.³² Die Vorschrift bestimmte, dass jeder Änderungsvorschlag von dreiviertel der Staaten ratifiziert werden musste. Mit Inkrafttreten der Verfassung lag also die Kompetenz zur Verfassungsänderung weder beim Bund noch bei den Einzelstaaten.³³ Sie war damit «weder ganz *national* noch ganz *föderal*». «Wäre sie ganz *national*, dann würde die höchste und letzte Instanz in der *Mehrheit* des Bundesvolkes liegen und diese Körperschaft könnte jederzeit seine Verfassung verändern oder abschaffen, wie die Mehrheit eines jeden Nationalstaates. Wäre sie allerdings ganz *föderal*, dann würde eine Verfassungsänderung die Zustimmung jedes einzelnen Gliedstaates der Union verlangen.»³⁴

In einem zweiten Abschnitt ging Madison dann auf die *institutionelle* Dimension der neuen Verfassung ein. Hier ergab sich folgendes Bild. Der Gesetzgeber der neuen Union bestand aus zwei Kammern. Das Repräsentantenhaus würde von allen (wahlberechtigten) Bürgern Amerikas gewählt werden und war damit der «nationale» Zweig der Zentralregierung.³⁵ Im Senat hingegen würden die Mitgliedstaaten als

32 Artikel V der Verfassung von 1787 lautet: «The Congress, whenever two thirds of both Houses shall deem it necessary, shall propose Amendments to this Constitution, or, on the Application of the Legislatures of two thirds of the several States, shall call a Convention for proposing Amendments, which, in either Case, shall be valid to all Intents and Purposes, as part of this Constitution, when ratified by the Legislatures of three fourths of the several States, or by Conventions in three fourths thereof, as the one or the other Mode of Ratification may be proposed by the Congress; Provided that no Amendment which may be made prior to the Year One thousand eight hundred and eight shall in any Manner affect *the first and fourth Clauses in the Ninth Section of the first Article; and that no State, without its Consent, shall be deprived of its equal Suffrage in the Senate.*»

33 Aus der Struktur der Verfassungsänderungskompetenz folgte Dicey, dass «the legal sovereignty of the United States resides in the States' governments as forming one aggregate body represented by three-fourths of the several States at any time belonging to the Union», siehe: A. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (Liberty Fund, 1982), 81.

34 *Federalist No. 39* (Fn. 26), 186-7.

35 Dieses «nationale» Verständnis des «Repräsentantenhauses» war nicht vollständig verfassungsrechtlich untermauert. Artikel I, Abschnitt 4 der Verfassung von 1787 lautet: «The Times, Places and Manner of holding Elections for Senators and Representatives, shall be prescribed in each State by the Legislature thereof; but Congress may at any time make or alter such Regulations, except as to the Place of choosing Senators.» In diesem Sinne sind die Worte Wechslers zu verstehen: «Though the House was meant to be the grand depository of the democratic principle of the government», as distinguished from the Senate's function as the forum of the states, the

«politische und gleichberechtigte Gesellschaften» vertreten werden.³⁶ Da er die souveräne Gleichheit der Einzelstaaten achtete, musste der Senat als «föderales» Organ betrachtet werden. Jedes Bundesgesetz bedurfte der Zustimmung einer Mehrheit des – verfassungsrechtlich vorausgesetzten – amerikanischen Volkes und einer Mehrheit der Staaten. Auch die Macht des Präsidenten leitete sich aus einer «sehr gemischten Quelle» ab. An seiner Wahl waren die Staaten als politische Ordnungen beteiligt, aber «die ihnen zugewiesenen Stimmen folgten einem zusammengesetzten Verhältnis, in welchem die Staaten teils als verschiedene und gleiche Gesellschaften, teils als ungleiche Mitglieder einer einzigen Gesellschaft betrachtet» wurden. Insgesamt hatte die Organstruktur des Bundes «einen gemischten Charakter, welcher ebenso viele föderale wie nationale Merkmale» aufzeigte.³⁷

In einem dritten Teil widmet sich der «*Federalist No. 39*» der funktionellen Dimension der Verfassung von 1787. Die Struktur der Bundesbefugnisse hatte föderale und nationale Züge. In Hinblick auf ihren Umfang waren sie unzweifelhaft «föderaler» Art, denn die Idee des *Nationalstaats* impliziere eine Kompetenz für alle Staatszwecke. «Die vorgesehene Union kann also nicht als Nationalstaat angesehen werden, denn ihre Kompetenz erstreckt sich nur auf bestimmte Zwecke und belässt den einzelnen Gliedstaaten ihre unverletzliche Residualsouveränität.»³⁸

people to be represented with due reference to their respective numbers were *the people of the states*» (Cf. H. Wechsler, *The Political Safeguards of Federalism: The Role of States in the Composition and Selection of the National Government*, 54 Colum. L. Rev. 543, 546 (1954).) Das erste wirklich «nationale» Wahlgesetz für das Repräsentantenhaus wurde erst 1842 erlassen.

36 Federalist No. 39 (Fn. 26), 185. Und im Federalist No. 62 fügt Madison hinzu (ibid., 301): «In this spirit it may be remarked, that the equal vote allowed to each State is at once a constitutional recognition of the portion of sovereignty remaining in the individual States, and an instrument for preserving that residuary sovereignty. So far the equality ought to be no less acceptable to the large than to the small States; since they are not less solicitous to guard, by every possible expedient, against an improper consolidation of the States into one simple republic.»

37 Federalist No. 39 (Fn. 26), 185.

38 Ibid., 186. Die amerikanische Verfassung von 1787 würde die Kompetenzen des Bundes, im Vergleich zu den Konföderationsartikeln, nicht merklich ausdehnen. Die grosse Ausnahme bildete allerdings die nun an den Bund übertragende Befugnis zur Regulierung des Handels. Der Federalist No. 45 konnte also zu Recht behaupten, dass «[t]he powers delegated by the proposed Constitution to the federal government, are few and defined», während «[t]hose which are to remain in the State governments are numerous and indefinite» (ibid., 227).

Doch waren diese Kompetenzen, anders als unter den Konföderationsartikeln, «nationaler» Natur. Der Unterschied zwischen einem (kon)föderalen und einem nationalen Gesetzgeber bestand darin, dass «ersterer für die Staaten als politischen Einheiten der Konföderation, letzterer für die Individuen als Bürger der Nation» rechtsetzend tätig wurde.³⁹ Da es die Bundesverfassung der Union gestattete, unmittelbar auf die Bürger einzuwirken, hatte sie eindeutig eine «nationale» Natur.

In Anbetracht aller drei Verfassungsdimensionen schlussfolgerte der «*Federalist*», dass die Bundesverfassung von 1787 in ihrer Gesamtheit «streng genommen weder eine nationale noch eine föderale Verfassung, sondern eine Zusammensetzung beider» war.⁴⁰ Die Bundesverfassung war eine «gemischte Verfassung».⁴¹ Sie ging einen «Mittelweg» zwischen internationaler und nationaler Ordnungsstruktur.⁴² Es war dieser Mittelweg, der nun selbst mit der Idee des konstitutionellen Föderalismus assoziiert werden sollte.

Diese neue – amerikanische – Föderalismustradition wurde durch einen Franzosen einem breiteren europäischen Publikum zugänglich gemacht.⁴³ Tocquevilles einflussreicher Bericht «*De la Démocratie en Amérique*» charakterisiert den Bund als «Mittelding» zwischen (internationaler) Allianz und (nationalem) Staat. Die gemischte Verfassung der

39 Ibid., 185. Im *Federalist* No. 15, hören wir Hamilton folgendes zu Protokoll geben (ibid., 67): «The great and radical vice in the construction of the existing Confederation is in the principle of LEGISLATION for STATES or GOVERNMENTS, in their CORPORATE or COLLECTIVE CAPACITIES, and as contradistinguished from the INDIVIDUALS of which they consist. Though this principle does not run through all the powers delegated to the Union, yet it pervades and governs those on which the efficacy of the rest depends.» Und in den Worten desselben Autors im «*Federalist* No. 16» (ibid., 74): «It must stand in need of no intermediate legislations; but must itself be empowered to employ the arm of the ordinary magistrate to execute its own resolutions. The majesty of the national authority must be manifested through the medium of the courts of justice.»

40 Ibid., 187.

41 Der Titel des «*Federalist* No. 40» ist «mixed government».

42 Dieser Begriff findet sich in einem Brief J. Madisons an G. Washington vom 16 April 1787; verfügbar auf <http://www.constitution.org/jm/jm.htm>: «Conceiving that an individual independence of the States is utterly irreconcilable with their aggregate sovereignty; and that a consolidation of the whole into one simple republic would be as inexpedient as it is unattainable, I have sought for some middle ground, which may at once support a due supremacy of the national authority, and not exclude the local authorities wherever they can be subordinately useful.»

43 A. de Tocqueville, *De la Démocratie en Amérique* – Tome 1 (Calmann Lévy, 1888).

amerikanischen Union spiegelte sich besonders in der Zusammensetzung des Zentralgesetzgebers wider. Dieser war weder rein international organisiert, denn dann hätten die Mitgliedstaaten ihre absolute Gleichheit behalten müssen; noch war er rein national organisiert, denn wenn «die Einwohner der Vereinigten Staaten als zu ein und derselben Nation gehörig betrachtet worden wären, dann wäre es natürlich gewesen, die Mehrheit der Bundesbürger über ihre Gesetze entscheiden zu lassen». Die Bundesverfassung von 1787 hatte einen «Mischbegriff» (*terme moyen*) zwischen diesen Extremen gewählt, «welcher, mit Gewalt, zwei theoretisch unvereinbare Systeme miteinander kombinierte».⁴⁴

Diesen seltsamem Mittelweg hatte man auch bei der Erledigung der «Staatsaufgaben» eingeschlagen: «Die Souveränität ist in den Vereinigten Staaten zwischen dem Bund und den Staaten geteilt, während sie in Frankreich ungeteilt und kompakt ist [...]» «Die Amerikaner haben eine bündische, die Franzosen eine nationale Regierung (*gouvernement*).»⁴⁵ Das Hauptziel der Bundesverfassung lag in der «Zweiteilung der Souveränität». «In einen Teil legten sie die Verfolgung aller allgemeinen Interessen in die Hand des Bundes, während ein zweiter Teil die Kontrolle der besonderen Interessen den Gliedstaaten überlässt.»⁴⁶ Die Kardinalqualität der Bundeskompetenzen war deren unmittelbare Wirkung: Wie ein Nationalstaat konnte der Bund direkt auf einzelne Bürger einwirken. In dieser Unmittelbarkeit lag die Besonderheit und Neuheit des «amerikanischen» Föderalismus, der sich genau in diesem Punkt vom «klassischen» Föderalismus abhob:

Diese Verfassung, die auf den ersten Blick mit früheren Bundesverfassungen verwechselt werden könnte, beruht in Wahrheit auf einer ganz neuen Theorie, die als eine grosse Entdeckung der modernen Politikwissenschaft betrachtet werden muss. In allen Föderationen, die der amerikanischen Föderation von 1789 vorausgingen, versprachen sich zwar die zusammenkommenden Staaten den Befehlen des Bundesgesetzgebers zu folgen; aber sie behielten sich das Recht vor, die Bundesgesetze selbst für ihre Bürger zu erlassen und für deren Ausführung selbst zu sorgen. [...]

44 Ibid., 204.

45 Ibid., 213.

46 Ibid., 253.

Der Menschenverstand erfindet leichter neue Dinge als neue Wörter. Das ist der Ursprung so vieler unpassender und unzureichender Begriffe. Wenn mehrere Nationen einen ewigen Bund schmieden und dabei eine höchste Instanz errichten, welche – wenn sie auch nicht wie ein Nationalstaat (*gouvernement national*) auf private Bürger durchgreifen kann – dennoch auf jeden Gliedstaat als politische Ordnung wirkt, so nennen wir diese Ordnung föderal. Eine andere Gesellschaftsordnung wird später entdeckt, in welcher sich mehrere Staaten bezüglich bestimmter gemeinsamer Interessen vereinen, während sie im Hinblick auf alle anderen Interessen verschieden, also nur «föderal», bleiben. Hier kann die Zentralmacht direkt auf die Regierten einwirken; sie verwaltet und richtet selbst, auch wenn in einem beschränkten Kreise, wie ein Nationalstaat. *Offensichtlich handelt es sich hier nicht mehr um eine «Bundesrepublik».* *Es ist in Wahrheit ein unvollendeter Nationalstaat. Auf diese Weise hat man eine Gesellschaftsordnung entdeckt, die weder ganz national noch ganz föderal ist. Leider gibt es das neue Wort, das wir bräuchten, um dieses neue Ding auszudrücken, noch nicht.*⁴⁷

Anstatt eines «neuen Worts» für das «neue Ding» war es das neue Ding, für welches bald das alte Wort stehen würde! Mit dem «Sprechakt» der amerikanischen Verfassung von 1787 verlässt die föderale Idee die klassische Tradition und assoziiert nunmehr den Föderalismus mit dieser Mischung aus internationalen und nationalen Ordnungsstrukturen. Die verfassungsrechtliche *Realität* der Vereinigten Staaten wurde selbst zum föderalen *Ideal*.⁴⁸ Was definiert dieses Ideal? Es findet seinen Grundpfeiler in dem Gedanken der geteilten Souveränität. Das amerikanische System ist durch die «Präsenz zweier Souveräne» charakterisiert.⁴⁹ Fö-

47 Ibid., 271-75 (Hervorhebungen durch den Verfasser).

48 Dies ist zumindest in der angelsächsischen Verfassungslehre der Fall, siehe: K.C. Wheare, *Federal Government* (Oxford University Press, 1953), 11-2: «Since the United States is universally regarded as an example of federal government, it justifies us in describing the principle, which distinguishes it so markedly and so significantly, as the federal principle.»

49 A. de Tocqueville (Fn. 43), 287.

deralismus ist *duplex regimen*: doppelte Souveränität, doppelter Staat und doppelte Staatsbürgerschaft.⁵⁰

4. Föderale Verfassungskonflikte in den Vereinigten Staaten von Amerika

«Die Idee von der Teilbarkeit der Souveränität entstand zum Zeitpunkt des Verfassungskonvents und war eine spezifisch amerikanische Theorie.»⁵¹ Ziel der Verfassung von 1787 war eine «Teilung der Souveränität».⁵² Jeder Gliedstaat überträgt demnach einen Teil seiner Souveränität an die «Nation»; die «Nation» selbst bleibt aber «unvollendet».⁵³ Da allerdings nur Hoheitsrechte an die jeweilige staatliche Ebene delegiert werden, bleibt letztendlich das Volk souverän. Aber wer ist dieses Volk? Die «We the people»-Formel liess die Identität des Souveräns im Dunkeln. Die Formel bestätigte lediglich, dass der Verfassungskonvent das britische Konzept der *Parlamentssouveränität* mit dem der *Volkssouveränität* ersetzt hatte. Wer aber war(en) «the people»: die *Völker* der *Vereinigten Staaten* oder das *Volk* der *Vereinigten Staaten*? Diese Frage war von der Verfassung nicht selbst beantwortet worden. Auch eine indirekte Analyse der konstitutionellen Dimension der Union ergab keine eindeutige Antwort. Denn: obwohl die Verfassung erst mit Zustimmung jedes einzelnen Gliedstaates für diesen verbindlich wurde, signalisierte

50 Zur Verdopplung der Staatsbürgerschaft in föderalen Ordnungen, siehe: C. Schönberger, Unionsbürger: Europas föderales Bürgerrecht in vergleichender Sicht (Mohr Siebeck, 2006).

51 E. K. Bauer, *Commentaries on the Constitution: 1790–1860* (Columbia University Press, 1952), 214; und siehe auch: A. C. McLaughlin, *The Foundations of American Constitutionalism* (New York University Press, 1932), 78.

52 A. de Tocqueville (Fn. 43), 197. Der *Federalist* No. 42 machte sich über die Theorie der Gliedstaaten-Souveränität wie folgt lustig (Fn. 26, 206): «The articles of Confederation have inconsiderately endeavored to accomplish impossibilities; to reconcile a partial sovereignty in the Union, with complete sovereignty in the States; to subvert a mathematical axiom, by taking away a part, and letting the whole remain».

53 Zur Idee der «Teil»nation, siehe: *Federalist* No 39 (ibid., 181-7). Um es mit den Worten des Obersten Gerichtshofs in *McCulloch v Maryland* 17 US 316 (1819), 410 auszudrücken: «In America, the powers of sovereignty are divided between the Government of the Union and those of the States. They are each sovereign with respect to the objects committed to it, and neither sovereign with respect to the objects committed to the other.»

die Verfassungsänderungsklausel die Bereitschaft der Gliedstaatenvölker auf ihre – ungeteilte – Souveränität zu verzichten.

Der genaue Ort der Volks-Souveränität war in der «zusammengesetzten» Republik in der Schwebelage gelassen worden. Was würde passieren, wenn die Vorstellungen eines Gliedstaatenvolkes über den Umfang oder Inhalt der Verfassung nicht mit denen des «amerikanischen Volkes» zusammenfielen? Wer sollte bei diesen föderalen Verfassungskonflikten als letztentscheidende Instanz auftreten: die Gliedstaaten oder die Nation? Verfassungskonflikte liessen nicht lange auf sich warten.⁵⁴ Diese Konflikte betrafen vornehmlich die Grenzlinie zwischen Bundes- und Gliedstaatenkompetenzen. Welche Verfassungsbehelfe gab es, wenn der Bund diese Verfassungsgrenze überschritt? Dieser dritte Abschnitt untersucht zwei frühe Verfassungskrisen auf Antworten und schaut sich dabei insbesondere die Theorien der «Interposition» und «Nullifikation» an. Beide werden zu rhetorischen Kampfbegriffen der Einzelstaaten in der *antebellum*-Periode der amerikanischen Verfassungsgeschichte.

a) Die Theorie der Interposition: Die «Ausländer- und Aufruhr»-Gesetze

Im Jahre 1798 verabschiedete der Bundesgesetzgeber die «Ausländer- und Aufruhr»-Gesetze, welche es dem Bund erlaubten – durch seinen

54 Für brillante Einführungen in die – zahlreichen – amerikanischen Verfassungskonflikte, siehe: C. Warren, *Legislative and Judicial Attacks on the Supreme Court of the United States: A History of the Twenty-Fifth Section of the Judiciary Act (Part I and II)*, (1913) 47 *American Law Review* 1 and 161; Anonymous, *Interposition vs. Judicial Power*, (1956) 1 *Race Relations Law Reporter* 465; ebenso wie: F. McDonald, *States' Rights and the Union: Imperium in Imperio, 1776–1876* (University Press of Kansas, 2000). Für einen wunderbaren Überblick über die «professoralen» Streitigkeiten vor dem Bürgerkrieg, siehe: E. K. Bauer (Fn. 51). Mein Argument in diesem Teil meines Beitrages konzentriert sich auf *gesetzgeberische* Proteste. Dennoch darf natürlich nicht vergessen werden, dass die judikativen Proteste der Staatengerichte ebenso laut sein konnten. Das wohl berühmteste Beispiel hier ist die *Martin v Hunter's Lessee* Saga. Eine detaillierte Analyse dieses Falles findet sich in C.G. Haines, *The Role of the Supreme Court in American Government and Politics: 1789–1835* (University of California Press, 1944), 340–351. Zu Parallelen mit der Maastricht-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, siehe: S. J. Boom, *The European Union after the Maastricht Decision: Will Germany be the «Virginia of Europe?»*, (1995) 43 *American Journal of Comparative Law* 177.

Präsidenten – Notstandsgesetze zu erlassen.⁵⁵ Letztere konnten zu extremen Einschnitten in die persönlichen Freiheitsrechte führen. Angesichts dieser Gefahr prangerten zwei Staaten die Bundesgesetze als Verletzung der Grundrechte (*Bill of Rights*) an.⁵⁶ Ihrem verfassungsrechtlichen Unbehagen machen sie durch Parlamentsresolutionen Luft. Die Virginia- und Kentucky-Resolutionen entfachten eine Debatte über die Letztentscheidungsfrage in der amerikanischen Union. Die Resolution Virginias – deren geheimer Autor kein geringerer als Madison ist – entwickelt hier die Theorie der Interposition und beruft sich dabei auf die Idee des «Verfassungsvertrages»:

Diese Versammlung erklärt ausdrücklich und zwingend, dass es die Kompetenzen des Bundes als Ergebnis eines Vertrages zwischen den Staaten als Parteien ansieht, der durch den Wortlaut und den Willen der Vertragsschliessenden begrenzt wird und nicht weiter reichen kann als die in diesem Vertrag enumerierten Kompetenzen. Die Versammlung erklärt weiter, dass im Fall einer gewollten, spürbaren und gefährlichen Überschreitung dieser Kompetenzen, die Staaten, als Vertragsparteien, das Recht und die Pflicht zur Interposition haben. Nur so kann der Fortschritt des Bösen aufgehalten und die Kompetenzen, Rechte und Freiheiten der Staaten, in ihren jeweiligen Grenzen, erhalten werden.

Die Generalversammlung drückt ebenso ihr tiefstes Bedauern darüber aus, dass in allerlei Fällen ein «Geist» des Bundesgesetzgebers zum Vorschein gekommen ist, der durch gewagte Interpretationen der Verfassungscharta seine Kompetenzen erweitern möchte. Dieser Vorsatz zeigt sich insbesondere in der Auslegung einiger allgemeiner Bestimmungen (die zwar von den Konföderationsartikeln übernommen wurden, dort aber weniger gefährlich waren), mit dem Zweck die Bedeutung und Wirkung des Enumerationsprinzips – welches doch diesen allgemeinen Bestimmungen

55 Für Auszüge der «Alien and Sedition Acts», siehe: H.S. Commager (Hrsg.), *Documents of American History – Volume 1* (Appleton-Century-Crofts, 1949), 175ff.

56 Die «Bill of Rights» war durch die ersten zehn «Ergänzungen» (amendments) Teil der Verfassung von 1787 geworden. Zum Ursprung und Status der Bill of Rights, siehe: A. R. Amar, *The Bill of Rights as a Constitution*, (1990-1) 100 *Yale Law Review* 1131; und, derselbe, *The Bill of Rights: Creation and Reconstruction* (Yale University Press, 2000).

unterliegt und diese begrenzt – zu untergraben, um so die Staaten Schritt für Schritt in eine souveräne Einheit zu konsolidieren.⁵⁷

Virginia betrachtete die Ausländer- und Aufruhrgesetze als «beunruhigende Verfassungsverstöße», die nicht nur die kompetenzielle Grenzlinie zwischen Bund und Staaten übertraten, sondern insbesondere auch die föderalen Grundrechte verletzten. Virginias Parlament appellierte daher «an die anderen Staaten im Vertrauen darauf, dass auch sie seine Einschätzung teilten und die besagten Gesetze für *verfassungswidrig* erklärten».⁵⁸

Diesem Appell schloss sich Kentucky an. Doch war der Ton der Kentucky-Resolution schriller. Er trug die Note *Jeffersons* – des damaligen Vizepräsidenten der Vereinigten Staaten.⁵⁹ Die erste Resolution behauptete selbstbewusst, «dass die verschiedenen Staaten, die die Vereinigten Staaten bilden, sich nicht durch das Prinzip der unbeschränkten Unterwerfung vereinigt hatten; sondern sich nur durch einen Vertrag gebunden haben – der Verfassung der Vereinigten Staaten». «Der Staat (*government*), der durch diesen Vertrag errichtet worden ist, wurde dabei nicht zum ausschliesslichen und höchsten Richter seiner eigenen Kompetenzen bestellt, denn das hätte ja sein Ermessen – und nicht die Verfassung – zum Mass seiner Kompetenzen gemacht. Im Gegenteil: Wie bei allen anderen Verträgen zwischen Parteien, die keinen gemeinsamen Richter haben, hat jede Partei das gleiche Recht für sich allein zu entscheiden; dies betrifft die Vertragsbrüche ebenso wie die Art und Weise ihrer Abhilfe».⁶⁰ Eine zweite Resolution berief sich sogar auf die Idee der Nullifikation: Da die Staaten als Herren der Verfassung «souverän und unabhängig» waren, besaßen sie auch das «unhinterfragbare Recht einen Verfassungsbruch selbst zu beurteilen; eine Nullifikation der unzulässigen Gesetze durch diese Souveräne ist daher die rechtmässige Abhilfe».⁶¹

57 Virginia Resolutions (24 December 1798), in: H. S. Commager (Hrsg.), *Documents of American History* (Fn. 55), 182.

58 *Ibid.*, 183 (Hervorhebungen durch den Verfasser).

59 Jefferson hatte ursprünglich eine noch stärker formulierte Erstversion entworfen, siehe: T. Jefferson, *The Writings of Thomas Jefferson – Volume VII* (Putnam's Sons, 1896), 289–309.

60 Kentucky Resolutions (16 November 1798), in: H. S. Commager (Hrsg.), *Documents of American History* (Fn. 55), 178–9.

61 Kentucky Resolutions (22 February 1799), in: *ibid.*, 184.

Weder die Virginia-Resolution noch die Kentucky-Resolutionen erteten Zuspruch bei anderen Unions-Staaten,⁶² obwohl alle (ausser einem) der Vertrags-Theorie der Verfassung zustimmten.⁶³ Der Verweis auf das Rechtsmittel der «Nullifikation» in der zweiten Kentucky-Resolution führte sogar zum «internen» Widerspruch von Seiten Virginias. Der «Bericht von 1800» – von Madison verfasst und vom Gesetzgeber Virginias verabschiedet – kritisiert die Idee der unilateralen Nullifikation. Zwar war die Verfassung ein Vertrag, aber sie war ein Vertrag zwischen *Staaten* und nur dieser kollektive Plural konnte auch ihr Letztinterpret sein:

Die Verfassung der Vereinigten Staaten wurde durch den Willen jedes einzelnen Staates, in seiner souveränen Form, sanktioniert. Dieses rechte und feste Fundament gibt der Verfassung zusätzliche Stabilität, Würde und Autorität. Da die Staaten, in ihrer souveränen Form, Parteien dieses Verfassungsvertrages sind, kann es notwendigerweise kein Tribunal über ihnen geben, welches entscheidet, ob der Vertrag zwischen ihnen gebrochen worden ist. Als Parteien dieses Vertrages müssen sie folglich selbst in letzter Instanz über Fragen entscheiden, die, bei entsprechender Wichtigkeit, eine Interposition erfordern.

Daraus folgt aber nicht, dass die Kompetenz der souveränen Staaten als Parteien des Verfassungsvertrages über Verfassungsbrüche zu entscheiden, hastig oder in zweifelhaften und unbedeutenden Fällen ausgeübt werden sollte. Selbst bei gewöhnlichen völkerrechtlichen Verträgen, wo nach einer strengen Regel der Bruch eines Teils als Bruch des Ganzen gesehen wird, da jeder Teil eine Bedingung für die Erfüllung der anderen Teile und des Ganzen ist, wird trotzdem immer verlangt, dass der Bruch sowohl gewollt und ernsthaft genug ist, um diese Regel anzuwenden. Und im Fall eines so innigen und verfassungsrechtlichen Bundes, wie dem der Vereinigten Staaten, ist es offensichtlich, dass die Interposition der sou-

62 Für einen Überblick der Antworten der Schwesterstaaten, siehe: F. M. Anderson, *Contemporary Opinion of the Virginia and Kentucky Resolutions (Part II)*, (1899) 5 *American Historical Review* 225 (244 ff.).

63 A. H. Kelly et al, *The American Constitution: Its Origins and Development* (Fn. 53) 140. Nur Vermont argumentierte, der Bund sein durch «das» Volk der Vereinigten Staaten ins Leben gerufen worden.

veränen Parteien nur in solchen Situationen erfolgen kann, die tiefe und wesentlich fundamentale Prinzipien unseres politischen Systems missachten.⁶⁴

Folglich komme auch der Oberste Gerichtshof als einziger und letzter Richter in föderalen Verfassungskonflikten nicht in Betracht.⁶⁵ Diese Ansicht beruhte auf der Befürchtung, dass «nicht enumerierte Kompetenzen nicht nur von der Legislative und Exekutive an sich gezogen und ausgeübt werden können, sondern dass eben auch die Judikative gefährliche Kompetenzen jenseits der Verfassung ausüben oder sanktionieren kann».⁶⁶

Wer sollte demnach föderale Kompetenzkonflikte entscheiden? Welche verfassungsgemässen Rechtsbehelfe gab es in solchen Situationen? Der «Bericht von 1800» stilisiert die Virginia- und Kentucky-Resolutionen nachträglich zu reinen «Meinungsäusserungen» ohne Rechtswirkung. Sie hätten nur «zum Nachdenken anregen» sollen. Der Protest beider Staaten wird folglich zum rein rhetorischen Appell an die anderen Staaten herabgestuft.⁶⁷ Die Interposition wird den Gliedstaaten dennoch als legitimer Verfassungsbehelf zugestanden. Sie erlaubt deren *Regierungen* sich «zwischen» ihr Volk und den Bundesbefehl zu stellen.⁶⁸

64 J. Madison, «The Report of 1800», in: *The Papers of James Madison – Volume 17* (University Press of Virginia, 1991), 303 (309f.) (Hervorhebungen durch den Verfasser).

65 Anders noch J. Madison in *Federalist No. 39* (*ibid.*, 186): «It is true that in controversies relating to the boundary between the two jurisdictions, the tribunal which is ultimately to decide, is to be established under the general government. But this does not change the principle of the case. The decision is to be impartially made, according to the rules of the Constitution; and all the usual and most effectual precautions are taken to secure this impartiality.»

66 J. Madison, «The Report of 1800», Fn. 64, 312: «However true therefore it may be, that the Judicial Department, is, in all questions submitted to it by the forms of the Constitution, to decide in the last resort, this resort must necessarily be deemed the last in relation to the authorities of the other departments of the government; not in relation to the rights of the parties to the constitutional compact, from which the judicial as well as the other departments hold their delegated trusts.»

67 *Ibid.*, 348.

68 Zum Ursprung und der zeitgenössischen Bedeutung des Begriffs «Interposition», siehe: C. G. Fritz, *American Sovereigns: The People and America's Constitutional Tradition before the Civil War* (Cambridge University Press, 2008), 193 (mit Verweis auf Johnson's Dictionary).

Die Gliedstaaten signalisieren hier nur einen (potenziellen) Bruch des Bundesvertrages.⁶⁹ Interessant ist dabei das Verständnis Madisons in Bezug auf den amerikanischen «Verfassungsvertrag». Dieser beinhaltet nämlich kein unilaterales Nullifikationsrecht der Gliedstaaten.⁷⁰ Staatenrechte sind *Kollektivrechte*: nur die Staaten – im Kollektivplural – sind Herren der Verträge.⁷¹

Die Entscheidung liegt letztlich nur beim «Volk» (*the people*). Es muss entscheiden, ob es die Verfassung verändern oder die Bundesregierung abwählen möchte. Ersteres war 1795 geschehen.⁷² Die «Ausländer- und Aufruhr»-Krise endete durch einfache Abwahl der «Föderalisten». Der Appell Virginias und Kentuckys politisierte die öffentliche Meinung und führte zur «Revolution von 1800». Die Wahl *Jeffersons* zum Präsi-

69 Im Federalist No. 46 (Fn.26, 231-2) lesen wir also: «But ambitious encroachments of the federal government, on the authority of the State governments, would not excite the opposition of a single State, or of a few States only. They would be signals of general alarm. Every government would espouse the common cause. A correspondence would be opened. Plans of resistance would be concerted. One spirit would animate and conduct the whole. The same combinations, in short, would result from an apprehension of the federal, as was produced by the dread of a foreign, yoke; and unless the projected innovations should be voluntarily renounced, the same appeal to a trial of force would be made in the one case as was made in the other. But what degree of madness could ever drive the federal government to such an extremity.» Und der «Report of 1800» appellierte ebenso an die «Aufmerksamkeit» der Gliedstaatenregierungen (cf. J. Madison, «The Report of 1800», Fn. 64, 350). Zur Rolle der nationalen Parlamente in der Europäischen Union und dem Lissabonner Subsidiaritätsmechanismus der «Gelben Karte», siehe: R. Schütze, *Subsidiarity after Lisbon: Reinforcing the Safeguards of Federalism?*, (2009) 68 Cambridge Law Journal 525.

70 H. J. Powell, *The Principles of '98: An Essay in Historical Retrieval*, (1994) 80 Virginia Law Review 689, 718. Diese Ansicht wich von Jeffersons Charakterisierung der rechtlichen Natur des amerikanischen Bundes ab. Dieser sah die Verfassung als bilateralen Vertrag eines jeden Gliedstaates mit der Gesamtheit der Schwesterstaaten. Zu den verfassungstheoretischen Differenzen zwischen Madison und Jefferson, siehe: A. Koch & H. Ammon, *The Virginia and Kentucky Resolutions: An Episode in Jefferson's and Madison's Defense of Civil Liberties*, (1948) 5 William and Mary Quarterly 145.

71 Dies gilt, mutatis mutandis, ebenso für die Mitgliedstaaten der Europäischen Union, siehe: R. Schütze, *On «Federal» Ground: The European Union as an (Inter)national Phenomenon*, (2009) 46 Common Market Law Review 1069 (1082).

72 Im Jahre 1795 kassiert der Elfte Zusatzartikel die Auslegung des Obersten Gerichtshofes zu Artikel III – Abschnitt 2 in *Chisholm v State of Georgia*, 2 US 419 (1793).

denten der Vereinigten Staaten war ein klarer Sieg für die «Prinzipien von '98».⁷³

- b) Die Theorie der Nullifikation:
Der Konflikt um den «Zoll der Abscheulichkeiten»

Die Vorstellung von der Verfassung als Vertrag zwischen den Staaten hatte sich um 1800 allgemein durchgesetzt. Doch war dies keine Theorie der Gliedstaatensoveränität. Letztere wurde erst einige Jahrzehnte später ernsthaft vertreten. Sie wurde zum dogmatischen Kampfbegriff einer zweiten Verfassungskrise des amerikanischen Bundes: dem Konflikt um den «Zoll der Abscheulichkeiten». Der landwirtschaftliche Süden protestierte Ende der zwanziger Jahre des 19. Jahrhunderts gegen einen Bundeszoll, der den industriellen Norden zu bevorzugen schien. South Carolina «enthüllte» seinen Protest und machte seinem Zorn Luft. Die South Carolina «*Enthüllung und Protest*» (1828) war die Idee Calhouns, des Vizepräsidenten der Vereinigten Staaten.⁷⁴ Die Schrift bestritt die Kompetenz des Bundesgesetzgebers und behauptete, der «diskriminierende Zoll» sei verfassungswidrig.⁷⁵ Die «Enthüllung» kehrte dabei zur Gretchenfrage jeder föderalen Union zurück: Wer kann – letztentscheidend – den Umfang der Bundeskompetenzen bestimmen? Welche Verfassungsgarantien haben die Gliedstaaten, um sich gegen zentralistische Anmassungen zu schützen? Die «Enthüllung» gibt eine eindeutige Antwort auf diese Frage: die Theorie der Nullifikation.

Wie neu war die Theorie der Nullifikation in der amerikanischen Verfassungstheorie? Calhoun versucht sie als logische Erweiterung der (madisonschen) Theorie der Interposition zu verkaufen. Sie ist aber ein

73 Zu diesem Punkt, siehe: H. J. Powell (Fn. 70), 694 FN. 16 and C.G. Fritz (Fn. 68), 210: «Consistent with the theory of interposition, in 1800 American voters went to the polls and chose between candidates who took opposing positions on those acts. Jefferson made «violations of the true principles» of the constitution a central campaign issue for the Republican party. His election to the presidency and that of his followers to Congress reflected public opinion about the constitutionality of the Acts.»

74 Ein Abruck der «Exposition and Protest» findet sich in: J. C. Calhoun, *Union and Liberty* (Liberty Fund, 1992), 311.

75 Zu den – ausführlichen – Argumente der Südstaaten, siehe: *ibid.*, 320 f. und 328 f.

radikaler Schritt über diese hinaus. Die Theorie der Nullifikation beruft sich auf die *europäische* Theorie der ungeteilten Souveränität: «Es ist nicht schwer zu verstehen, wie souveräne Hoheitsrechte aufgeteilt werden können, wenn die *Ausübung* eines Teils einem Repräsentanten und die des anderen Teils einem anderen übertragen wird». «Aber wie die Souveränität selbst – die höchste Macht – geteilt werden kann; wie die Völker der Gliedstaaten teilweise souverän und teilweise nicht souverän sein können; teilweise das Höchste, und teilweise nicht das Höchste sein sollen, ist unbegreifbar. Die Souveränität ist ein Ganzes – es zu teilen heisst es zu zerstören.»⁷⁶ Dieses Beharren auf – absoluter – Souveränität «markierte einen entscheidenden Wendepunkt in der [amerikanischen] Verfassungslehre des 19. Jahrhunderts».⁷⁷ Er ist der Ausgangspunkt der Theorie der – unilateralen – Nullifikation.

Was besagt die neue Theorie der Nullifikation? Nach dem Dogma der Volkssouveränität liegt die ungeteilte höchste Macht im Volk. Aber in *welchem* Volk – dem amerikanischen Volk oder den Gliedstaatenvölkern? Calhouns Antwort ist eindeutig: «die Souveränität liegt bei den jeweiligen Völkern der Gliedstaaten».⁷⁸ Dies sei das Kardinalsprinzip der Verfassung von 1787. Welche positiven Rechtsmittel gibt die Verfassung den Gliedstaaten in die Hand, um dieses erste Prinzip durchzusetzen? «Wenn wir auf die Geschichte und Funktionsweise unseres Systems schauen, finden wir auf der Seite der Staaten kein einziges Mittel ihre Souveränitätsrechte gegen die Übergriffe der Bundesebene zu schützen. Letztere hingegen hat von Anfang an über die effizientesten Möglichkeiten verfügt, die Staaten von Übergriffen auf die Bundeskompetenzen abzuhalten.» Welch «seltsamer Irrglaube» des «*Federalist*» zu hoffen, der Oberste Gerichtshof sei auf der Seite der Gliedstaaten!⁷⁹ Es war auch

76 J. C. Calhoun, A Discourse on the Constitution and Government of the United States, in: J. C. Calhoun (ibid.), 79 (105).

77 A. H. Kelly et al (Fn. 53), 208: «Calhoun's argument for nullification marked a significant turning point in nineteenth century constitutionalism. Up to this time, the debate over federalism had tended to focus on the division and allocation of powers between the federal government and the states. People could argue about the locus of specific powers without having to challenge the Union. Calhoun's insentience on a unitary conception of sovereignty, however, had had the effect of forcing a more precise definition of the federal-state relationship.»

78 J. C. Calhoun, Exposition and Protest (Fn. 74) 344.

79 Ibid. «But, by a strange misconception of the nature of our system – and, in fact, of the nature of government – it has been regarded as the ultimate power, not only of

falsch auf die «Verfassungsänderungskompetenz» zu setzen.⁸⁰ Das Rechtsmittel, das logisch aus der Gliedstaatensoveränität folgte, war das unilaterale Recht auf Nullifikation:

Jeder, der auch nur ein wenig unsere Verfassung kennt, muss zugeben, dass alle souveränen Hoheitsrechte vom Volk delegiert und zwischen Bundes- und Staatenebene aufgeteilt sind und dass beide somit ihren Teil aufgrund des gleichen Besitztitels haben. Es scheint daher unmöglich, den Staaten ihr Recht auf Feststellung und Abhilfe eines Verfassungsbruchs zu nehmen. Das Recht, solche Fälle zu entscheiden, ist ein Wesensmerkmal der Souveränität. Es kann den Staaten nicht genommen werden, ohne dass sie ihre ganze Souveränität verlieren würden und sich so in untergeordnete Gebietskörperschaften verwandeln. Es ist doch seltsam, einerseits Kompetenzen teilen zu wollen und andererseits das ausschliessliche Recht, die Grösse der Teile zu bestimmen, nur einer Partei zuzuschreiben. In Wirklichkeit ist das überhaupt keine Teilung, denn

protecting the General Government against the encroachments of the governments of the States, but also of the encroachments of the former on the latter – and as being, in fact, the only means provided by the Constitution of confining all the powers of the system to their proper constitutional spheres; and, consequently, of determining the limits assigned to each. Such a construction of its powers would, in fact, raise one of the departments of the General Government above the parties who created the constitutional compact, and virtually invest it with the authority to alter, at its pleasure, the relative powers of the General and State Governments, on the distribution of which, as established by the Constitution, our whole system rests – and which, by an express provision of the instrument, can only be altered by three-fourths of the States, as has already been shown.» (Ibid., 345.)

80 «The disease is, that a majority of the States, through the General Government, by construction, usurp powers not delegated, and by their exercise, increase their wealth and authority at the expense of the minority. How absurd, then, to expect the injured States to attempt a remedy by proposing an amendment to be ratified by three-fourths of the States, when, by supposition, there is a majority opposed to them? Nor would it be less absurd to expect the General Government to propose amendments, unless compelled to that course by the acts of a State. The Government can have no inducement. It has a more summary mode – the assumption of power by construction. The consequence is clear – neither would resort to the amending power – the one, because it would be useless – and the other, because it could effect its purpose without it – and thus the highest power known to the Constitution – on the salutary influence of which, on the operations of our political institutions, so much was calculated, would become, in practice, obsolete, as stated; and in lieu of it, the will of the majority, under the agency of construction, would be substituted, with unlimited and supreme power.» (Ibid., 356.)

die Anerkennung einer solchen ausschliesslichen Kompetenz des Bundes (nicht entscheidend ist von welchem Staatsorgan sie ausgeübt wird) verwandelt diesen Bund in einen unitarischen Staat mit unbegrenzten Kompetenzen, in dem die Gliedstaaten all ihre Rechte verloren haben.

Es ist unmöglich die Bedeutung der Begriffe zu verstehen und dennoch eine so einfache Schlussfolgerung zu leugnen. Die gegenteilige Meinung fusst auf vorschnellen und unzureichenden Annahmen bezüglich der Beziehung der Gliedstaaten zum Bund. *In der Tat folgt aus der Souveränität der Gliedstaaten die Existenz ihrer Kompetenz-Kompetenz; und so müssen sie natürlich auch ein kontrollierendes Vetorecht über strittige Rechtsakte des Bundes haben. Dieses Kontrollrecht ist der Rechtsbehelf, den die Verfassung gegen Übergriffe der Bundesebene auf Gliedstaatenkompetenzen zur Verfügung gestellt hat und durch welche die Kompetenzverteilung zwischen dem Bund und den Staaten auf ewig unantastbar erhalten werden kann. Nur auf diese Weise wird der Minderheit ein wirksamer Rechtsschutz gegen die Tyrannei der Mehrheit in die Hand gegeben.*⁸¹

Da jeder Gliedstaat souverän ist, hat er also ein «kontrollierendes Vetorecht über strittige Rechtsakte des Bundes». Das Recht auf Nullifikation nationaler Gesetze folgt aus der Natur der amerikanischen Union als *Föderation*. Wie kann man sich dieses Recht auf Nullifikation vorstellen? Wann soll es benutzt werden? Nach *Calhoun* soll es auf «einen vorsätzlichen, spürbaren und gefährlichen Verfassungsbruch» beschränkt bleiben.⁸² Wer darf «nullifizieren» – die Gliedstaatenregierung oder das

81 Ibid., 348 f. (Hervorhebungen durch den Verfasser)

82 Ibid., 351. Calhoun bestand auf dieser Beschränkung in seinem «A Discourse on the Constitution and Government of the United States» (Fn. 74, 197 f.): «To avoid this, prudence and propriety require that they should abstain from interposing their authority, to arrest an act of their common government, unless the case, in their opinion, involve a clear and palpable infraction of the instrument. They are bound to go further – and to forbear from interposing, even when it is clear and palpable, unless it be, at the same time, highly dangerous in its character, and apparently admitting of no other remedy; and for the plain reason, that prudence and propriety require, that a right so high and delicate should be called into exercise, only in cases of great magnitude and extreme urgency.»

Gliedstaaten*volk*? Nach Calhoun gehört das Nullifikationsrecht dem Gliedstaatenvolk und dieses muss seinen negierenden Wunsch durch einen Verfassungskonvent ausdrücken.⁸³ Das Staatsvolk spricht hier nämlich mit der gleichen Autorität und in der gleichen «souveränen Form» mit der es die ursprüngliche Verfassung von 1787 ratifiziert hat. Gleiches wird hier mit Gleichem aufgehoben.

Diese konstitutionelle Theorie mündete bald in konstitutionelle Praxis. Vier Jahr nach der «Enthüllung» erlässt South Carolina die «Nullifikationsordonanz gegen bestimmte Bundesgesetze, die vorgeben rechtmässige Zölle und Abgaben auf ausländische Importe zu erheben».⁸⁴ Inspiriert von *Calhouns* Theorie hatte sich ein Verfassungskonvent gebildet und festgestellt, dass der Bund «seine von der Verfassung zugewiesenen Kompetenzen überschritten hatte». Der Konvent verordnete deshalb folgendes:

Wir, also das Volk des Staates South Carolina, im Konvent versammelt, erklären und verordnen ... [d]ass die verschiedenen Gesetze und Teilgesetze des Kongresses der Vereinigten Staaten, welche vorgeben, rechtmässige Zölle und Abgaben auf ausländische Importe zu erheben ... [und insbesondere die Zollgesetze von 1828 und 1832] ... nicht mit der Verfassung der Vereinigten Staaten vereinbar sind, da sie deren wahren Inhalt und Zweck missachten und deshalb null und nichtig sind. Sie binden weder diesen Staat, noch seine Beamten oder Bürger ...

Und es sei weiter verordnet, [d]ass es von nun an Verfassungsorganen dieses Staates oder der Vereinigten Staaten verboten ist, die Bezahlung der Zölle innerhalb der Grenzen dieses Staates durchzusetzen. Der Gesetzgeber ist hiermit auch verpflichtet, solche Massnahmen und Gesetze zu erlassen, die für die volle Wirkung dieser Ordonanz erforderlich sind und die die Vollstreckung der besagten Bundesgesetze innerhalb der Grenzen dieses Staates aussetzen [...]⁸⁵

83 Zum Konzept der «Convention» in der Amerikanischen Verfassungslehre, siehe: G. S. Wood, *The Creation of the American Republic, 1776–1787* (University of North Carolina Press, 1998), Chapter 8.

84 Für den Text der «Ordinance», siehe: H. S. Commager (Hrsg.), *Documents of American History* (Fn. 55), 261.

85 *Ibid.*, 261-2.

South Carolina insistierte, es handle sich bei der Theorie der Nullifikation um ein *verfassungsimmanentes* Recht. Um seiner Entschlossenheit noch stärkeren Ausdruck zu verleihen erklärte «das Volk South Carolinas», dass es die Anwendung von Bundeszwang nicht tolerieren würde. Eine militärische Intervention des Bundes wäre «unvereinbar mit dem Verbleib South Carolinas in der Union». In diesem Fall würde sich die Bevölkerung South Carolinas «von der Verpflichtung, das politische Band mit den Völkern der anderen Gliedstaaten zu erhalten, entbunden sehen».⁸⁶ Das war eine eindeutige Drohung auch das allerletzte Register in föderalen Verfassungskonflikten zu ziehen: die (unilaterale) Sezession. Und die Berufung auf dieses letzte Mittel führte letztlich zum Bürgerkrieg.

5. Schlussfolgerung: Die Amerikanische Föderalistradition und die Europäische Union

Der moderne Föderalismus entsteht im Kielwasser des Westfälischen Staatensystems. Um die Staatenbünde der Neuzeit mit der Idee der Souveränität in Einklang zu bringen, werden diese zunächst rein völkerrechtlich erklärt. Staatenbünde fassen auf einem *foedus*, einem völkerrechtlichen Vertrag, der die Souveränität der Gliedstaaten unberührt lässt. Ein Bund ist eine *freiwillige* Vereinigung, welche sich durch ihre Freiwilligkeit von der *erzwungenen* Vereinigung in (Mehrvölker-)Reichen unterscheidet.⁸⁷ Die Gründung der Vereinigten Staaten von Amerika am Ende des 18. Jahrhunderts löst eine semantische Revolution dieses Föderalismusverständnisses aus. Die Wortgefechte um die amerikanische Verfassung von 1787 prägen eine neue Föderalismusidee. Diese erhebt die verfassungsrechtliche Realität der Vereinigten Staaten zum föderalen Ideal. Föderalismus steht nun für eine aus internationalen und nationalen Elementen gemischte Ordnungsstruktur. Diese föderale Tra-

86 Ibid., 262.

87 O. Beaud, La notion de pacte fédératif: Contribution à une théorie constitutionnelle de la Fédération, in: J-F Kervégan & H Mohnhaupt (Hrsg.), *Liberté sociale et lien contractuel dans l'histoire du droit et de la philosophie* (Klostermann, 1999), 197 (248 f.).

dition fusst auf der Idee der «geteilten» oder «doppelten» Souveränität. Die amerikanische Verfassung von 1787 – um es mit den Worten eines eminenten Berichterstatters auszudrücken – beruht auf dem Gedanken einer «Präsenz zweier Souveräne».⁸⁸

Wer sind diese zwei Souveräne? Nach der Idee der Volkssouveränität müssen dies die Gliedstaatenvölker und das – verfassungspositivistisch vorausgesetzte – «amerikanische Volk» sein.⁸⁹ Jeder Bürger gehört zwei politischen Ordnungen an. Die Existenz zweier politischer «Souveräne» führt in weiterer Folge zu föderalen Verfassungskonflikten. Diese Verfassungskonflikte sollten nicht als Anomalie eines Bundes verstanden werden. Im Gegenteil, sie sind normal und bezeugen eine *lebendige* Föderalität.⁹⁰

Dieser Beitrag schaute sich zwei frühe Verfassungskonflikte der Vereinigten Staaten an. Die Verfassungskrise über die «Ausländer- und

88 A. de Tocqueville, *De la Démocratie en Amérique* (Fn. 43), 287.

89 Zur «Erfindung» des Amerikanischen Volkes, siehe: E.S. Morgan, *Inventing the People: The Rise of Popular Sovereignty in England and America* (Norton, 1989), besonders: Kapitel 11. Für die (südstaatliche) Auffassung des 19. Jahrhunderts, es gäbe kein «amerikanisches Volk», siehe: H. St. Tucker, *Lectures on Constitutional Law* (Shepherd & Colin, 1843), 95: «For as there is no people of the United States, considered aggregately, the sovereignty must be in the people of each State.»; siehe auch: A. P. Upshur, *A Brief Enquiry into the True Nature and Character of Our Federal Government: Being a Review of Judge Story's Commentaries on the Constitution of the United States* (Campbell, 1863), 92: «In the States the sovereign power is in the people of the States respectively; and the sovereign power of the United States would, for the same reason, be in the people of the United States», if there were any such people, known as a single nation, and the framers of the Federal Government. We have already seen, however, that there are no such people, in a strict political sense, and that no such people had any agency in the formation of our Constitution, but that it was formed by the States, emphatically as such.»

90 Für Schmitt ist ein «lebendiger» Bund ein Pluralismus mehrerer politischer Ordnungen, in welchem verschiedene Perspektiven zur Souveränitätsfrage – relative – Gültigkeit haben. Trotz möglicher Verfassungskonflikte muss die Souveränitätsfrage im Bund letztlich immer in der Schwebelage bleiben. In den Worten Schmitts: «Das Wesen des Bundes liegt in einem Dualismus der politischen Existenz, in einer Verbindung bundesmäßigen Zusammenseins und politischer Einheit auf der einen Seite mit dem Weiterbestehen einer Mehrheit, einem Pluralismus politischer Einheiten auf der andern Seite. Ein derartiger Schwebezustand müßte an sich zu vielen Konflikten führen, die entschieden werden müssen. [...] Es gehört aber zum Wesen des Bundes, daß die Frage der Souveränität zwischen Bund und Gliedstaaten immer offenbleibt[.]» Siehe: C. Schmitt, *Verfassungslehre* (Duncker & Humblot, 2003), 371 und 373.

Aufbruchgesetze» rückt die Theorie der «Interposition» in ein föderales Licht. Die «Prinzipien von '98» erlauben den Gliedstaatenregierungen sich zwischen die Bürgerschaft und die Bundesregierung zu stellen. Diese Theorie ist mit der Idee der geteilten Souveränität vereinbar. Erst die «Zollkrise» einige Jahrzehnte später forderte diese spezifisch amerikanische Theorie heraus. Nach *Calhoun* ist jeder Gliedstaat souverän und folglich berechtigt, die Bundesverfassung für sich letztverbindlich zu interpretieren. Dies beinhaltet – wenn auch nur im Extremfall – das unilaterale Recht Bundesgesetze zu «nullifizieren».

Was für Lehren sind aus der amerikanischen Verfassungsgeschichte für die Europäische Union zu ziehen? Die europäische Verfassungslehre kann viel von der amerikanischen Verfassungstheorie lernen (und umgekehrt). Die europäische Föderalismustradition besteht leider immer noch auf der Idee der ungeteilten Souveränität.⁹¹ Durch dieses (monistische) Verständnis entstehen – unlösbare – Probleme bei der Analyse des politischen und konstitutionellen *Dualismus* föderaler Ordnungen. Dies zeigt sich insbesondere bei der Charakterisierung der Europäischen Union. Einer Tradition, die auf das – unitarische – Konzept der Souveränität pocht, muss der «Verfassungpluralismus» der Europäischen Union als «Neuheit» oder «Anomalie» erscheinen. Das Fehlen eines «archimedischen Punktes», von welchem aus alle Rechtsmacht erklärt werden kann, wird dann – fälschlicherweise – als «Beweis» für deren *sui generis* Charakter angesehen.⁹² Was für eine introvertierte und

91 Für eine Analyse dieser «europäischen Föderalismustradition», siehe: R. Schütze, *From Dual to Cooperative Federalism* (Oxford University Press, 2009) 30–36 und 58 ff.

92 Contra N. Walker, *The Idea of Constitutional Pluralism*, (2002) 65 *Modern Law Review* 317 (338). Walker – ein führender Kopf der «Verfassungpluralismus»-Strömung im Europarecht – beschreibt diese «neue» Entwicklung wie folgt: «It is no coincidence that this literature has emerged out of the study of the constitutional dimension of EU law, for it is EU law which poses the most pressing paradigm-challenging test to what we might call constitutional monism. Constitutional monism merely grants a label to the defining assumption of constitutionalism in the Westphalian age ... namely the idea that the sole centres or units of constitutional authorities are states. Constitutional pluralism, by contrast, recognizes that the European legal order inaugurated by the Treaty of Rome has developed beyond the traditional confines of inter-national law and now makes its own independent constitutional claims exist alongside the continuing claims of states.» (Ibid., 337). Diese «eurozentristische» Ansicht ignoriert die amerikanische Verfassungslehre, nach

unhistorische Betrachtung! Ist die normative Ambivalenz bei der Letztentscheidungsfrage nicht stichhaltiger Beweis für die *föderale* Natur der Europäischen Union? Die Europäische Union ist ein «(inter)nationales Phänomen»,⁹³ dessen Verfassungs*dualismus* sich in Verfassungskonflikten manifestieren kann. Die Theorie des «Verfassungspluralismus» spricht also föderale Prosa und ist sich dessen – wie Molières Monsieur Jourdain – nicht einmal bewusst!

welcher die Union und ihre Staaten «verfassungsrechtliche» Ansprüche haben und in welcher die «Union» eben gerade nicht als «Staat» verstanden wird (cf. E. Zoeller, *Aspects internationaux du droit constitutionnel. Contribution à la théorie de la fédération d'états*, (2002) 194 *Recueil des Cours de l'Académie de la Haye* 43).

93 R. Schütze, *On 'Federal' Ground: The European Union as an (Inter)national Phenomenon*, (2009) 46 *Common Market Law Review* 1069.

Supranationalität in geschichtlicher Perspektive: Die «Articles of Confederation» (1781–1789)

Oliver Diggelmann

I. Einleitung

1. Schwebезustand der Europäischen Union

Die gegenwärtige Situation der Europäischen Union lässt sich mit dem Bild des Schwebезustandes beschreiben. Es bringt eine Grundambivalenz zum Ausdruck: Die europäische Integration hat einen langen und erfolgreichen Weg als epochales Friedens-, Wirtschafts- und Demokratieprojekt hinter sich, und dennoch erscheinen ihre Perspektiven in vielen Hinsichten als überraschend unklar. Es fehlt ein Konsens über die Finalität, und es hat den Anschein, als habe sich in den vergangenen Jahren – wenn auch schwer fassbar – in der Tiefe der Integrationsdynamik etwas verändert. Der über Jahrzehnte beschrittene und zur Selbstverständlichkeit gewordene Weg des Pragmatismus, des Vertrauens darauf, dass jeder Integrationsschritt die Voraussetzungen für den nächsten schafft, ist steiniger geworden.¹

Die Erweiterung nach Mittel- und Osteuropa dürfte höchstens teilweise für die Schwierigkeiten verantwortlich sein. Der Beitritt der sogenannten Transitionsländer – deren ökonomischer, rechtlicher und sozialer Umbau – war ohne Zweifel ein gewaltiger Kraftakt, der viele Innovationskräfte band und weiter bindet und Konfliktenenergien absorbiert.² Daraus können Erschöpfung und Widerstand resultieren. Man

1 Grundsätzlich zu Wesen und Problematik funktionalistischer Integration: Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Welchen Weg geht Europa?* in: ders., *Staat – Nation – Europa*, Frankfurt a. M. 1999, S. 77 ff.

2 Zu den sozialen Implikationen der Ausdehnung nach Mittel- und Osteuropa: Hannes Hofbauer, *EU-Osterweiterung: Historische Basis – ökonomische Triebkräfte – soziale Folgen*, Wien 2007; Hans-Werner Sinn, *EU-Enlargement and the Future of the Welfare State*, 49 *Scottish Journal of Political Economy* (2003), S. 104 ff.

ches spricht allerdings dafür, dass die Integrationsdynamik darüber hinaus und generell an gewisse Grenzen stösst. Der «Vertrag über eine Verfassung für Europa», der dringend benötigte neue Grundlagenvertrag, scheiterte 2005 spektakulär. Die Ablehnung war ein erhebliches Risiko; auf dem Spiel stand nichts weniger als die Handlungsfähigkeit der stark gewachsenen Union. Die symbolhafte Ausarbeitung des Vertrages durch einen «Verfassungskonvent» hätte dem Projekt legitimatorischen Schub verleihen sollen, was aber nicht im erwünschten Ausmass der Fall war.³ War es allenfalls nicht trotz, sondern wegen dieses symbolischen Einsatzes, dass der Vertrag keine genügende Unterstützung fand? Auch der dringend benötigte Ersatz- oder Auffangvertrag, der «Vertrag von Lissabon», nahm die letzten Ratifikationshürden 2009 nur mit Mühe. Seinem Inkrafttreten ging eine Periode bangen Wartens voraus, ob die drohende Lähmung abgewendet werden könne.

Die heutige Situation wirft auf einer grundsätzlichen Ebene Fragen auf. Wird der derzeitige Zustand mit seinen diffusen Perspektiven andauern? Ist der lange beschrittene Integrationsweg der «Uneigentlichkeit» mit der Vollendung des Binnenmarktes an seinem Ende angelangt? «Eigentlich» angestrebt wird nach dem Verständnis grosser Teile des Führungspersonals politische Integration, als eine Art Nebenfolge eines vordergründig ökonomischen Integrationsprojekts. Welche Gesichtspunkte gilt es zu berücksichtigen, wenn mit etwas Distanz zu den Alltagsdiskussionen über die Perspektiven der Union und von Supranationalität im Allgemeinen nachgedacht wird?⁴

2. Supranationalitätsähnliche Vorläufer

Dieser Beitrag nähert sich dem Phänomen Supranationalität mit einem verfassungshistorischen Ansatz. Es geht darum, über eine Auseinander-

3 Bisher hatte man erst einmal zum Mittel der Einberufung eines Konvents gegriffen, bei der Schaffung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (1999/2000). Beim Vertrag von Maastricht hatte man darauf verzichtet.

4 Der Begriff der Supranationalität ist nicht leicht allgemein bestimmbar. Mit Blick auf die Europäische Union gelten in der Regel der Umfang des Aufgabenbereichs, die autonome Rechtsetzungsbefugnis, die Selbständigkeit der gemeinsamen Organe, die finanzielle Selbständigkeit, der umfangreiche Rechtsschutz, die Unvollendetheit und Dauerhaftigkeit der Union sowie die gemeinsamen Grundwerte als für den

setzung mit früheren Formen konföderativer, supranationalitätsähnlicher Zusammenschlüsse Einsichten in die Natur und die Schwierigkeiten supranationaler Verbindungen – insbesondere der Europäischen Union – zu gewinnen. Die Vertiefung in die Geschichte soll dazu dienen, Möglichkeiten und Grenzen ambitionärer grenzüberschreitender Integrationsprojekte besser zu verstehen, d. h. die Mechanismen zu studieren, die auf der rechtlichen, ideellen und sozialpsychologischen Ebene im Spiel sind. Dies geschieht im Wissen, dass jede Staatenverbindung bis zu einem gewissen Grad singular ist, von Ort und Zeit abhängt und im breiten Strom der Geschichte steht. Die Hoffnung ist dennoch, Anregungen zu erfahren, wie Supranationalität im Allgemeinen und die EU im Besonderen besser verstanden werden können.

Das Bedürfnis nach über Staatenbünde hinausgehenden, engeren Verbindungen ist alt. Es stand am Anfang der Entstehung verschiedener moderner Bundesstaaten. Auch weitere historische Verbindungen von Staaten – wie etwa die Österreichisch-Ungarische Doppelmonarchie – lassen sich mit der klassischen Dichotomie Bundesstaat / Staatenbund nicht angemessen erfassen.⁵ Die binäre Unterteilung ist zu grob, um Vorläuferphänomene moderner Supranationalität des 20. und 21. Jahrhunderts angemessen zu beschreiben.

Im Folgenden wird einer dieser Vorläufer herausgegriffen. Näher betrachtet wird die amerikanische Konföderation, eine Staatenverbindung in der Zeit zwischen amerikanischer Revolution und Unionsgründung im Jahr 1789. Es handelt sich um eine supranationalitätsähnliche Verbindung der dreizehn 1776 unabhängig gewordenen englischen Kolonien. Sie bewegte sich zwischen klassischem Staatenbund und supranationaler Gemeinschaft.⁶ Rechtliches Grunddokument der Konföderation waren die *Articles of Confederation*, die Konföderationsartikel.⁷ Sie

supranationalen Charakter kennzeichnend. Vgl. statt vieler: Thomas Oppermann / Claus Dieter Classen / Martin Nettesheim, *Europarecht*, 4. A., München 2009.

5 Österreich und Ungarn teilten zwischen dem sogenannten österreichisch-ungarischen Ausgleich von 1867 und 1918 das Staatsoberhaupt. Ausserdem besorgten sie die auswärtigen Beziehungen zusammen und vergemeinschafteten ihr Militär- und Finanzwesen. Die wirtschaftliche Integration zwischen den beiden Ländern wurde durch eine Währungs- und Zollunion sowie ein regelmässig erneuertes Wirtschaftsbindnis vorangetrieben.

6 Im Einzelnen dazu nachfolgend III.

7 *Articles of Confederation and perpetual Union between the States of New Hampshire, Massachusetts Bay, Rhode Island and Providence Plantations, Connecticut,*

galten von 1781 bis 1789 und stehen im Mittelpunkt der folgenden Ausführungen.⁸

3. Zum Interesse an den Konföderationsartikeln

Die Konföderationsartikel sind unter Historikern schlecht beleumdet. Sie werden gewissermassen in der Asservatenkammer der US-Verfassungsgeschichte aufbewahrt, galten lange als wenig interessanter konföderativer Fehlversuch. Man hielt sie für ein typisches Produkt der sogenannten *Critical Period*⁹ zwischen Revolution und Unionsgründung, die neben dem welthistorischen Erfolgsprojekt der Unionsverfassung von 1787 vollständig verblasst.¹⁰

Während der letzten vier Jahrzehnte wurde diese Sichtweise zusehends in Frage gestellt.¹¹ Es mehrten sich Stimmen, die darauf aufmerksam machten, dass die etablierte Wahrnehmung Bedeutung und verfassungsgeschichtlichen Reichtum der *Articles of Confederation* unterschätzt. Sie wiesen darauf hin, dass die Konföderationsartikel einen Fundus an bündnistechischen Ideen und Prinzipien enthalten, deren Studium für das Verständnis der Dynamik und der Hintergründe der amerikanischen Unionsgründung von grundlegender Bedeutung ist. Es wurde zusehends auch deutlich, dass die bisherige Lesart wesentlich im

New York, New Jersey, Pennsylvania, Delaware, Maryland, Virginia, North Carolina, South Carolina and Georgia (nachfolgend zit. Articles).

8 Neuere Literatur: Sally Senzell Isaacs, *Understanding the Articles of Confederation*, New York 2009; Renée C. Rebman, *The Articles of Confederation*, Minneapolis 2006; Greg Roza, *Evaluating the Articles of Confederation: Determining the Validity of Information and Arguments*, New York 2006.

9 Der Begriff der *Critical Period* wird teilweise nur für die Zeit von 1783 bis 1789 verwendet. Wichtig für die Popularisierung des Begriffs: John Fiske, *Critical Period of American History 1783–1789*, Boston/New York 1888.

10 Die Kritik an den Konföderationsartikeln hat eine lange, auf die Debatte zwischen Federalists und Antifederalists zurückgehende Tradition. Vgl. dazu etwa *Federalist* Nr. 15.

11 Vgl. insbesondere Eric M. Freedman, *Why Constitutional Lawyers and Historians Should Take a Fresh Look at the Emergence of the Constitution from The Confederation Period: The Case of the Drafting of the Articles of Confederation*, 60 *Tennessee Law Review* (1994), S. 783 ff. (Fresh Look); ders., *The United States and the Articles of Confederation: Drifting Towards Anarchy or Inching Towards Commonwealth?* 88 *Yale Journal* (1978), S. 142 ff. (Articles of Confederation).

Dienst der Etablierung einer bestimmten nationalen Erzählung gestanden hatte.¹² Sie betont vor allem Brüche und neigte zur Unterschlagung von Kontinuitäten. Die Verfassung von 1787 sollte möglichst hell erstrahlen, und nicht als bloße Weiterentwicklung von britischen Traditionen dastehen. Sie sollte ein Neuanfang sein. Zugute kam dieser Deutung der rasante Aufstieg Amerikas zur Weltmacht ab dem frühen 19. Jahrhundert. Die Leistungsfähigkeit der Nation musste Gründe haben – und was lag da näher, als den Moment der Verfassungsschöpfung zu einer Art Stunde Null emporzustilisieren? Die Konföderationsartikel – die offenkundig grundlegende Mängel aufwiesen – wurden in ihrer historischen Bedeutung gewissermassen kleingeredet. Bildlich gesprochen: Die Bühne sollte möglichst leer sein für den Auftritt der *Founding Fathers* – die ironischerweise schon die Konföderationsperiode massgeblich und teilweise sogar entscheidend mitgestaltet hatten.¹³

In diesem Beitrag sind die Kontinuitäten von besonderem Interesse. Die Forschung hat aufgezeigt, dass der Erfolg der Verfassung von 1787 wesentlich auf Ideen fusste, die eine substantielle Vorgeschichte in den *Articles of Confederation* hatten.¹⁴ Die späteren Verfassungsideen waren teilweise bereits etablierte Praxis, die Schaffung der Verfassung von 1787 war kein Urknall. Sie war wohl eher ein – wenn auch sehr grosser und folgenreicher – Qualitätssprung in einer bereits existierenden Verbindung. Die Konföderationsperiode erscheint aus dieser Perspektive als eine Zeit des Ausprobierens von Bindungsmodalitäten und Autonomiesicherungen für eben erst unabhängig gewordene Staaten, deren Selbstbewusstsein gerade erst am Erwachen war. Die Unabhängigkeit berauschte und ängstigte gewissermassen zugleich, die Form des Miteinanders stand in dieser Zeit grundsätzlich zur Disposition. Die Konföderationsartikel waren ein Versuch, zu einer rechtlich fixierten Form der Kooperation zu finden, das Ungeordnete der Revolutionsperiode hinter

12 Typisch etwa: L. Bradford Prince, *The Articles of Confederation vs. The Constitution. The Progress of Nationality Among the People and In the Government*, New York 1867.

13 Das galt etwa für James Madison, Alexander Hamilton, George Washington, John Adams und John Jay.

14 James Madison selbst hatte in *Federalist* Nr. 40 auf diese Kontinuität hingewiesen: «[...] The truth is, that the great principles of the Constitution proposed by the convention may be considered less as absolutely new, than as the expansion of principles which are found in the articles of Confederation. [...]».

sich zu lassen. Sie dienten später, bei der Unionsgründung, als reiches Angebot an Ideen, Anregungen und nicht zuletzt Warnungen.¹⁵ Die dreizehn Ostküstenstaaten waren auch, was nicht vergessen werden sollte, kulturell und religiös keineswegs homogen. Es gab im Wesentlichen drei Staatengruppen. Die überwiegend puritanischen Neuenglandstaaten im Norden unterschieden sich dabei wesentlich von den Mid-Atlantic-Staaten – mit den mächtigen Zentren New York und Pennsylvania – und diese wiederum von den Staaten des Südens. Der Norden war in dieser Zeit dabei, sich endgültig von der Sklavenwirtschaft zu lösen, während deren Abschaffung für den Süden unverhandelbar war.

Der Übergang zwischen Konföderationsperiode und Unionsgründung war teilweise fließend. Es sei in Erinnerung gerufen, dass die Delegierten ursprünglich an den Konvent von Philadelphia fuhren, um die Konföderationsartikel zu revidieren.¹⁶ Als sie bemerkten, dass die erforderliche Einstimmigkeit auch bei günstigem Verhandlungsverlauf ausser Reichweite lag, reifte schnell der Entschluss zur Schaffung der Verfassung.¹⁷ Der Reformkonvent wurde auf diese Weise zum Verfassungskonvent. Die Entstehung der Verfassung war in gewisser Weise die Folge der Selbstknebelung der Konföderation. Es herrschte damals keineswegs die Vorstellung, dass die Grundideen der Konföderationsartikel durchgängig falsch gewesen waren – trotz Scheiterns der Konföderation. Man war der Meinung, dass die Umsetzung zu wenig konsequent erfolgt sei.¹⁸ Mit zunehmendem Abstand zum Konvent von 1787 geriet die damals durchaus noch vorhandene Zustimmung zu den Grundideen der Kon-

15 Zu den Wechselwirkungen im Einzelnen vgl. Douglas G. Smith, *An Analysis of Two Federal Structures: The Articles of Confederation and The Constitution*, 34 *San Diego Law Review* (1997), S. 249 ff., insb. S. 268 ff. (Textanalyse).

16 Bereits 1786 hatte sich ein Konvent in Annapolis mit den Mängeln der Konföderationsartikel befasst. Gegenstand der Beratungen – an denen Vertreter aus lediglich fünf Staaten aus der Mid-Atlantic-Region und dem Süden teilnahmen – waren vor allem die Bereiche Handel und Verkehr. Die Bemühungen um eine Verbesserung der Situation waren vergebens.

17 Man berief sich zur Rechtfertigung des Bruchs mit den Konföderationsartikeln auf ein naturgegebenes right to rebel. Dabei hatte man das Beispiel der Unabhängigkeitserklärung vor Augen. Die Differenz zur Situation von 1776 bestand allerdings darin, dass man sich diesmal nicht von einem als tyrannisch empfundenen fremden, sondern von selbst gesetztem Recht lossagen wollte. Vgl. Angela Roddey Holder / John Thomas Roddey Holder, *The Meaning of the Constitution*, 3. A., Happaage 1997, S. 3.

18 Vgl. dazu erneut Madisons Ausführungen in *Federalist* Nr. 40.

föderationsartikel aber in Vergessenheit. Die Kritik an der Ineffizienz der *Articles*, die es immer gegeben hatte, traf immer mehr auch die Grundideen, deren Einfluss auf die Verfassung zusehends tendenziell negiert wurde. Überraschen können die Anschlüsse an die Konföderationsartikel nur schon deshalb nicht, weil teilweise dieselben Personen an der Ausarbeitung beider Texte beteiligt waren. Die Revolutions- und die Nachrevolutionsära wurden in Amerika zum grossen Teil mit demselben Führungspersonal bestritten.

Die Konföderation ging bei der Vergemeinschaftung von Aufgaben bemerkenswert weit. Das gilt insbesondere für den heute als besonders sensibel betrachteten Bereich der Aussen- und Sicherheitspolitik, der sich im Fall der Europäischen Union traditionell als einer der Stolpersteine für eine weitere Vertiefung der Integration erweist. Aussenpolitik war in der Konföderation – wie im Einzelnen noch zu zeigen sein wird – *die* zentrale Gemeinschaftsaufgabe. Man wollte geschlossen nach aussen auftreten, um das als fragil empfundene Erreichte nicht zu gefährden. So wurden die nach dem Unabhängigkeitskrieg mit England offen gebliebenen Fragen in einem Friedensvertrag geregelt, der von der Konföderation – von den *United States of America* – und nicht von den Staaten abgeschlossen wurde.¹⁹ Für die Konföderation unterzeichneten vier Bevollmächtigte, nicht dreizehn.²⁰ Die Konföderationsartikel enthielten auch – in zeitgenössischer Terminologie ausgedrückt – sehr weit gehende konföderationsinterne Freizügigkeitsrechte. Die aus der Unionsverfassung bekannte *Privileges and Immunities Clause* etwa war bereits zentrales Element der Konföderationsartikel.²¹ Auch dieser Aspekt der

19 Die Entwicklung von lose organisierten Kontinentalkongressen zu einer Konföderation auf rechtlicher Grundlage spiegelte sich auch darin, dass im Ingress der Unabhängigkeitserklärung noch von den *united States of America* die Rede gewesen war – *united* war damals noch klein geschrieben worden.

20 Auf Seiten der Vereinigten Staaten unterzeichneten John Adams, der spätere zweite Präsident der Union, John Jay, der spätere Aussenminister, und Benjamin Franklin, der die Allianz mit Frankreich zustande gebracht hatte. Auf Seiten Englands wurde der Vertrag vom Bevollmächtigten David Hartley unterschrieben.

21 Einige der bekanntesten Teile der US-Verfassung wurden fast wörtlich aus den *Articles of Confederation* übernommen. Das gilt etwa für die *Supremacy Clause* oder die *Full Faith and Credit Clause*. Teilweise schrieb die Verfassung auch bereits etablierte Gewohnheiten fest, erhob die Übung zu verbindlichem Recht: Freedman, *Fresh Look* (Anm. 11), S. 784.

Konföderationsartikel ist im Licht der hier interessierenden Supranationalitätsproblematik von Interesse.

Beachtung verdient auch die Entwicklung der «Institutionen-Semantik» in der spät- und postkolonialen Periode. Die Kontinuitäten springen auch in diesem Feld ins Auge. Die zentrale Rolle spielte auf der institutionellen Ebene stets «der Kongress», der sich inhaltlich allerdings stark veränderte. Die erste, noch informelle Versammlung der Kolonien tagte 1774 als «Erster Kontinentalkongress».²² Während der Konföderationsperiode war ebenfalls ein Kongress – als eine Art verrechtlichte Botschafterversammlung – das Hauptentscheidungsorgan. Die erste Gewalt der Verfassung von 1787 schliesslich – eine klassische Legislative – hiess erneut «Kongress». Die Bedeutung des Begriffs veränderte sich, der Begriff als Bezeichnung für das zentrale Organ für die Interessenkoordination blieb aber bestehen. Ähnliches liesse sich auch für die Verwendung der Institutionenbezeichnung «Präsident» sagen. Das Amt des Präsidenten – vielleicht besser: eines Präsidenten – existierte ab der späten Kolonialzeit. Die spätkolonialen Kontinentalkongresse von 1774 und 1775 wurden von einem Präsidenten geleitet, der den Beratungen vorsass.²³ Der Präsident hatte eine informelle Koordinationsaufgabe. Die *Articles of Confederation* sahen ebenfalls als – schwachen – Vorsitzenden des Kongresses einen Präsidenten vor.²⁴ Eine Exekutive im Sinne der

22 Der Erste Kontinentalkongress – der noch königstreu und von Benjamin Franklin schon länger angeregt worden war – tagte vom 5. September 1774 bis zum 26. Oktober desselben Jahres in Philadelphia. Ziel der 56 Delegierten aus zwölf von dreizehn später unabhängigen Kolonien war es vor allem, England zur Rücknahme verschiedener Massnahmen zu bewegen, die gemeinhin als «intolerable acts» bezeichnet wurden. Dazu gehörte vor allem der Quartering Act von 1765 beziehungsweise 1774, der britischen Soldaten die Einquartierung in Privathäusern der Kolonisten ermöglichte. Ausdruck der Bedeutung, die dieser Frage damals beigemessen wurde, ist ihre ausdrückliche Regelung in *Amendment Four* der *Bill of Rights*.

23 Erster *President of Congress* war Peyton Randolph aus Virginia, der das Amt während des Ersten Kontinentalkongresses vom 5. September bis zum 22. Oktober 1774 und später noch einmal während des Zweiten Kontinentalkongresses ausübte.

24 Erster Präsident der *United States of America* war unter den Konföderationsartikeln der heute kaum noch bekannte John Hanson (1715–1783). Hanson hatte das Amt vom 5. November 1781 bis zum 4. November 1782 inne. Aus anekdotischer Sicht verdient Erwähnung, dass der frisch in sein Amt gewählte Hanson von einem gewissen George Washington ein Schreiben erhielt, in dem ihm mit den Worten «I congratulate your Excellency on your appointment to fill the most important seat in the United States [...]» zum Amt gratuliert wurde, dem damals eher geringe Bedeutung zukam.

funktionenteiligen Gewaltenteilungskonzeption gab es in dieser Periode noch nicht. In der Verfassung von 1787 schliesslich verkörpert der Präsident die zweite Gewalt. Die Institution «Präsident» hatte in all diesen Perioden eine herausgehobene Position mit einer gewissen Verantwortung für das Ganze inne, deren Bedeutung allerdings stark variierte.

II. Entstehung

1. Folgen des *French and Indian War*

Die Konföderationsperiode ordnet sich in die Kette der Ereignisse nach dem *French and Indian War* (1754–1763) ein.²⁵ Es ist sinnvoll, auf die Entwicklungen kurz einzugehen, damit die Themen und Hintergrundkonflikte der Konföderationsperiode besser verständlich werden.²⁶ England hatte sich in Nordamerika ab dem Jahr 1754 in mehrere militärische Auseinandersetzungen verstrickt. Im Vordergrund stand der Konflikt mit Frankreich um die Vorherrschaft in der erst teilweise kolonisierten Region. Gleichzeitig kam es zu heftigen Auseinandersetzungen mit den amerikanischen Ureinwohnern, deren Widerstand gegen das Vordringen der Kolonisten stark zugenommen hatte. Nach den beiden Kriegen sah sich das siegreiche England mit dem Problem hoher Kriegskosten konfrontiert. Es auferlegte den Kolonien erstmals Steuern und brach damit mit einer ungeschriebenen Regel in seinen nordamerikanischen Kolonien. Die zurückhaltende Praxis hatte dazu beigetragen, das Verhältnis zwischen Mutterland und Kolonien zu stabilisieren. Ausserdem verbot England den Kolonien jede weitere Westausdehnung, um weitere Konflikte mit den Indianern vorerst zu vermeiden. Es fürchtete, die ausdehnungshungrigen Kolonien würden es in weitere finanzielle Nöte stür-

25 Neuere Literatur: Julie Flavell/Stephen Conway (Hrsg.), *Britain and America go to War. The Impact of War and Warfare 1754–1815*, Gainesville (Fl.); Seymour I. Schwartz, *The French and Indian War 1754–1763. The Imperial Struggle for North America*, New York 1994.

26 Der *French and Indian War* wird in Europa als Siebenjähriger Krieg bezeichnet. Er dauerte hier von 1756 bis 1763, zwei Jahre länger als in Nordamerika. In den sich immer mehr ausweitenden Krieg wurden auch Preussen, Österreich, Russland, Sachsen und Hannover hineingezogen. Ergebnis des Krieges war in Europa eine weitgehende Wiederherstellung des territorialen status quo ante.

zen. Diese Anordnung stand teilweise im Widerspruch zu den *Colonial Charters*. Insbesondere die sogenannten *Sea-to-sea-Charters*, zu denen etwa jene Virginias gehörte, gewährten den Kolonien das Recht auf Westausdehnung.²⁷

Englands Härte löste eine nicht vorhergesehene und zusehends auch nicht mehr kontrollierbare Dynamik aus. Bald waren nicht nur Besteuerung und Westausdehnung Streitgegenstand, sondern das Recht Englands zur Gesetzgebung für die Kolonien generell. In die Auseinandersetzung involviert waren nicht nur die dreizehn ab 1776 unabhängigen Kolonien.²⁸ Auch weitere britische Besitzungen auf dem nordamerikanischen Kontinent wurden hineingezogen. Geeint wurden die Kolonisten durch die Überzeugung, England habe eine rote Linie überschritten.

Im Jahr 1775 kam es zu ersten militärischen Konfrontationen. Für die Kolonien zeigte sich schnell, dass sie – wenn sie erfolgreich aus der Auseinandersetzung hervorgehen wollten – dringend auf Verbündete angewiesen waren. Sie suchten die Allianz mit Frankreich, das den englischen Einfluss in Nordamerika kompensatorisch für die eigenen Verluste zu schmälern trachtete. Der Kolonialstatus setzte den Handlungsspielräumen der Kolonien allerdings gewisse Grenzen. Nur Staaten konnten Bündnisverträge abschliessen. Es bedurfte der formellen Lossagung von England, um völkerrechtliche Vertragsfähigkeit zu erlangen. Das Bedürfnis, Frankreich als Verbündeten zu gewinnen, war mit ein Grund für die Erklärung der Unabhängigkeit. Ausserdem bestand Einigkeit, dass die gemeinsamen Unternehmungen institutionell besser koordiniert werden mussten. Man wollte eine Führungsstruktur schaffen,

27 England war 1763 nach dem Frieden mit Frankreich und Spanien Verpflichtungen eingegangen, die den *Colonial Charters* teilweise widersprachen. Es verpflichtete sich insbesondere dafür zu sorgen, dass die Ostküstenkolonien nicht über den Mississippi vorstossen würden. Kolonien mit *Sea-to-sea Charters* rebellierten gegen dieses Versprechen. Zur Westausdehnung vgl. Ray Allen Billington / Martin Ridge, *Westward Expansion*, 6. A., Albuquerque 2001.

28 Abraham Lincoln sowie weitere Politiker vertraten verschiedentlich die Auffassung, mit der Unabhängigkeitserklärung sei ein einziger Staat mit den 13 ehemaligen Kolonien als Staatsgliedern entstanden. Die falsche Darstellung stand offensichtlich im Dienst der Etablierung einer nationalen Erzählung, die im Vorfeld und während des Bürgerkrieges die «natürliche» Zusammengehörigkeit der ehemaligen Kolonien betonte. Vgl. Akhil Reed Amar, *America's Constitution. A Biography*, New York 2005, S. 39.

die über die informelle Kooperation im Rahmen der Kontinentalkongresse ab 1774 hinausging.

Es stellten sich grundlegende Fragen: nach den zu schaffenden Institutionen, nach dem Umfang ihrer Zuständigkeiten, nach der angemessenen Intensität der Bindung und nach den richtigen Entscheidungsprozeduren. Viele der Fragen hatten sich während der kolonialen Periode zumindest in ähnlicher Form schon einmal gestellt. Auch vor der Unabhängigkeit hatte es Allianzen und Pläne für eine stärkere Institutionalisierung der Zusammenarbeit gegeben. Man konnte auf gewisse satzungsmässige Vorbilder und Inspirationsquellen zurückgreifen. Eine gewisse Vorbildrolle spielte etwa die 1643 von vier puritanischen Kolonien der nördlichen Ostküste geschaffene *New England Confederation*, die im Wesentlichen ein Verteidigungsbündnis gewesen war.²⁹ Eine andere bedeutende Inspirationsquelle für die Ausgestaltung eines Bündnisses war der im Jahr 1754 ausgearbeitete *Albany Plan*, der jedoch nie in Kraft getreten war.³⁰ Er hatte eine gemeinsame Regierung der Kolonien unter Führung eines von der Krone bestimmten *President-General* und eines von den Kolonien gewählten *Grand Council* vorgesehen.

2. Redaktion der *Articles of Confederation*

Die Anfänge der Ausarbeitung der Konföderationsartikel reichen in die Zeit kurz vor der Unabhängigkeitserklärung zurück. Im Jahr 1775 unterbreitete Benjamin Franklin dem noch königstreuen Zweiten Kontinentalkongress einen Vorentwurf für eine institutionell stärkere Verbindung der Kolonien, der verschiedene Elemente aus dem ebenfalls von

29 Der Zusammenschluss der Kolonien Connecticut, New Haven, Massachusetts Bay and Plymouth Colony war eine Reaktion auf kriegerische Auseinandersetzungen mit den Pequot Indianern. Das Bündnis trug offiziell den Namen *United Colonies of New England*. Koordinationsorgan waren gemeinsame Versammlungen, an die jede Kolonie zwei Delegierte entsandte. Sie konnten mit sechs von acht Stimmen jede Massnahme beschliessen, die sie für sinnvoll erachteten. Die Delegiertentreffen fanden – von Notfällen abgesehen – einmal im Jahr statt.

30 Der Entwurf wurde sowohl von England als auch von den Kolonien abgelehnt. Er war zentralistischer als die Konföderationsartikel und sah etwa eigenständige Steuerkompetenzen der Zentralregierung vor.

ihm konzipierten *Albany Plan* von 1754 wieder aufgriff.³¹ Der Entwurf trug den Titel *Articles of Confederation and perpetual Union Between the several Colonies*; die Bezeichnung blieb in der Folge im Wesentlichen unverändert.³² Aufgrund von Differenzen unter den Kolonien wurde die Erörterung zunächst für sechs Monate verschoben. Im Lauf der Zeit spitzten sich die Konflikte mit England immer mehr zu. Es kam zu ersten kriegerischen Auseinandersetzungen, die eine Rückkehr unter die Hoheit der Krone im Fall eines Sieges immer unwahrscheinlicher werden liessen. Als Richard Henry Lee dem Kontinentalkongress am 7. Juni 1776 seine berühmte Resolution für die Unabhängigkeit der Kolonien unterbreitete – sie leitete die entscheidende Phase des Loslösungsprozesses von England ein –, enthielt sie auch einen Vorschlag für die Bildung einer Konföderation.³³ Es dauerte in der Folge nochmals mehr als ein Jahr, bis die *Articles of Confederation* am 15. November 1777 verabschiedet werden konnten. Der Ratifikationsprozess in den staatlichen Legislativen nahm noch einmal weitere fast dreieinhalb Jahre in Anspruch. Er kam während des sich hinziehenden Kriegs mit England nur schleppend voran. Als letzter Staat stimmte am 1. März 1781 Maryland zu – bemerkenswerterweise erst nach Waffenniederlegung durch einen beträchtlichen Teil der Briten.³⁴

Die Ausarbeitung der Konföderationsartikel war im Einzelnen ein konfliktreicher Prozess. Die Konzipierung des ersten Entwurfes nach der Unabhängigkeit wurde einem Ausschuss übertragen, in den jede Kolonie einen Vertreter entsandte. Am 12. Juli 1776 präsentierte der Leiter des Ausschusses, John Dickinson, einen Vorschlag, den *Dickinson Draft*.

31 Vgl. Lois K. Mathews, Benjamin Franklin's Plans for a Colonial Union 1750–1775, 8 *American Political Science Review* (1914), S. 393 ff.; Freedman, *Fresh Look* (Anm. 11), S. 797 ff.

32 Einzig das Wort Colonies wurde später durch States ersetzt.

33 Lees Resolution lautete wörtlich – man beachte den Hinweis auf die Notwendigkeit von Allianzen: «Resolved, That these United Colonies are, and of right ought to be, free and independent States, that they are absolved from all allegiance to the British Crown, and that all political connection between them and the State of Great Britain is, and ought to be, totally dissolved. That it is expedient forthwith to take the most effectual measures for forming foreign Alliances. That a plan of confederation be prepared and transmitted to the respective Colonies for their consideration and approbation.»

34 Die Konföderationsartikel konnten damit nichts mehr dazu beitragen, die Kriegführung mit den Briten zu erleichtern.

Er war gekennzeichnet durch sehr weitgehende Zuständigkeiten der Konföderation. Die kollektive Handlungsfähigkeit hatte gegenüber den Interessen der Einzelstaaten Vorrang. Nach überwiegender Einschätzung war der Entwurf zu zentralistisch. Er bildete im Wesentlichen die konservative Position ab, deren Hauptanliegen eine starke Zentralgewalt mit grossen Handlungsspielräumen insbesondere im Bereich der Kriegsführung war. Eine Garantie der Souveränität der Staaten war nicht vorgesehen. Schon im August 1776 zeichnete sich ab, dass auch tiefgreifende Korrekturen das Scheitern des Entwurfs nicht würden verhindern können. Die Frage, ob es überhaupt zu einer Konföderation kommen würde, war in dieser Phase zeitweilig offen.³⁵ Neben Angst vor zu grosser Macht der Zentralregierung drohten vor allem die Sklavenfrage und Territorialfragen die Allianz auseinanderzureissen. Die Debatten wurden teilweise unterbrochen, weil der Kongress fliehen musste. Er zog von Philadelphia nach Lancaster und von da aus weiter nach York in Pennsylvania.³⁶

Die Zeit arbeitete gegen die zentralistisch eingestellten Konservativen. Die Auffassung, dass die Stellung der eben erst zu Staaten gewordenen Kolonien wirksamer geschützt werden müsse, gewann zunehmend an Boden. Ein entzentralesiertes Bündnis entsprach vor allem den Vorstellungen der Liberalen. Die überwiegend aus dem Süden stammenden Liberalen betrachteten den Schutz von Freiheit und Eigentum als primäre Aufgabe der öffentlichen Gewalt.³⁷ Sie machten sich für eine Garantie der staatlichen Souveränität stark, wollten die Aufgaben der Zentralgewalt auf das Wichtige und Unentbehrliche beschränken. Diese – zuweilen auch als radikal bezeichnete – Position setzte sich in vielen Punkten durch. Die Stellung der Staaten wurde durch verschiedene Sicherungen geschützt. Zentral und für die Konföderation in negativem Sinne schicksalhaft war, dass die Konföderation in vollständiger finan-

35 Amar, a. .a. O. (Anm. 28), S. 26.

36 Freedman, *Fresh Look* (Anm. 11), S. 800.

37 Der Gegensatz zwischen Zentralisten und Antizentralisten war weitgehend identisch mit dem Gegensatz zwischen konservativer und liberaler Position. Er bestimmte auch die Jahre um die Unionsgründung, als sich die Zentralisten Federalists und die Antizentralisten Antifederalists nannten. Die Antifederalists stammten vor allem aus dem Süden. Sie sahen in einer starken Zentralregierung eine Bedrohung des Rechts auf Eigentum, das ihre Rechte an den Sklaven sicherte. Sklavenarbeit war eine tragende Säule der Ökonomie in den Südstaaten.

zieller Abhängigkeit von den Staaten gehalten wurde.³⁸ Ausserdem wurde die Souveränität der Staaten explizit garantiert.

Man schuf mit der Konföderation eine Zwischenform zwischen traditionellem Staatenbund und supranationaler Verbindung.³⁹ Die Konföderationsartikel sprechen von «a firm league of friendship», die auf Dauer geschlossen werde soll. «[...] [T]he Union shall be perpetual [...]», heisst es in Article XIII – und ähnlich auch in der Präambel.⁴⁰ An anderen Stellen ist von einer «confederacy» oder einer «confederation» die Rede. Die Begriffe werden synonym verwendet. Kündbarkeit der Mitgliedschaft war nicht vorgesehen. Es ging darum, wie ein Autor bemerkte, ein System mit «multiplen Souveränitäten»⁴¹ zu schaffen, das eine Reihe von Gemeinschaftsaufgaben bewältigen konnte und den Staaten ihre Autonomie gleichzeitig in möglichst grossem Umfang beliess, um einen ambitionösen «Sozialkontrakt»⁴² zwischen den ehemaligen Kolonien.

Das Volk ist in den Konföderationsartikeln – anders als in der Verfassung von 1787 – mit keinem Wort erwähnt.⁴³ Es wurden weder Referenden noch Verfassungskonvente in den Staaten abgehalten.⁴⁴ Die Konföderation sollte eine rein bündische Grundlage erhalten, ihr Schicksal sollte in der Hand der Staaten verbleiben. Der Unterschied ist auf einer grundsätzlichen Ebene von Bedeutung. In einem Bündnis ohne Beteiligung des Volkes am Grundlagenvertrag ist die Möglichkeit einer Konsolidierung unter einer einheitlichen Staatsgewalt – einer einheitlichen Bundesregierung – nicht angelegt. Ohne Bruch mit den Konstruktionsgrundlagen ist die Entwicklung zum Staat nicht denkbar. Bei einem

38 Keith L. Dougherty, *Collective Action under the Articles of Confederation*, Cambridge 2001, S. 28 ff.

39 Kanada erhielt als einzige weitere britische Kolonie eine Beitrittsoption (Article XI). Es löste diese jedoch nicht ein. Bei anderen möglichen Neubeiritten – denkbar wäre dies etwa bei Neuschottland oder Florida gewesen – hätte es der Zustimmung von neun von dreizehn Mitgliedern bedurft.

40 Es ist unklar, was man unter «perpetual» verstand. War dies wörtlich gemeint oder nur als Bekenntnis zu einer Verbindung von einer gewissen Dauer? Amar zufolge wollte man mit der Verwendung des Begriffs lediglich zum Ausdruck bringen, dass es sich um die engstmögliche Form eines Staatenbundes handle. Vgl. Amar (Anm. 28), S. 31.

41 Smith, a. a. O. (Anm. 15), S. 255.

42 Dougherty, a. a. O. (Anm. 38), S. 32.

43 Zur Bedeutung dieser Differenz vgl. die Ausführungen des Supreme Court in *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.), 404.

44 Amar, a. a. O. (Anm. 28), S. 9.

Bündnis zwischen Volk einerseits und Staaten als Bündnisgliedern andererseits ist diese Möglichkeit hingegen mitgedacht. Die Gewichte zwischen den Bündnisgliedern als der einen Legitimationsgrundlage und dem Volk als der anderen können verschoben werden. Das Volk kann an Bedeutung gewinnen, und die Staaten können ihre Staatlichkeit allenfalls gar einbüßen und dennoch weiterhin Partner des Grundlagenvertrages bleiben, wie das in modernen Bundesstaaten der Fall sein kann.⁴⁵

Was waren und woher stammten die Grundideen der Konföderation? Eine zentrale Inspirationsquelle waren die Schriften Samuel von Pufendorfs.⁴⁶ Seine Überlegungen zu den verschiedenen Arten völkerrechtlicher Verträge haben in den Konföderationsartikeln Spuren hinterlassen. Pufendorf hatte in *De iure naturae et gentium libri octo* (1672) über die Schaffung von «ewigen Verträgen» nachgedacht und dabei zwischen einfachen und auf Dauer gestellten Verträgen unterschieden. Die Konföderationsartikel heissen nicht zufällig *The Articles of Confederation and perpetual Union Between the Staates*. Auch die Idee der geteilten Souveränität, die Pufendorf ebenfalls entwickelte, beeinflusste die Schöpfer sowohl der Konföderationsartikel als auch der späteren Verfassung.

Eine andere wichtige Inspirationsquelle waren die Arbeiten von Emerich de Vattel.⁴⁷ Vattel hatte sich in seinem Hauptwerk *Droit des gens, ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains* (1758) mit der Effektivität von Selbstverteidigungsbündnissen auseinandergesetzt. Er betrachtete Bündnisse sowohl von ihrem militärischen als auch ihrem ökonomischen Wert her und hatte einen Sinn für das Zusammenspiel von Sicherheitsbedürfnissen und ökonomischen Arrangements. Eine seiner bevorzugten Ideen war, dass Wirtschaftsprivilegien zu Gunsten von Bündnispartnern zur Schwächung von Rivalen eingesetzt werden können. Vattel empfahl eine Kombination von Sicherheitsallianz und ökonomischer Integration.

45 Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Geschichtliche Entwicklung und Bedeutungswandel der Verfassung*, in: ders., *Staat – Verfassung – Demokratie*, 2.A., Frankfurt a. M. 1992, S. 39 ff. Böckenförde weist darauf hin, dass die bündische Grundstruktur nur so lange besteht, wie die Souveränität der Glieder nicht vollständig durch jene des Bundes absorbiert wird (ebd., S. 40 f.).

46 Smith, a. a. O. (Anm. 15), S. 264 ff.

47 Smith, a. a. O. (Anm. 15), S. 261 ff.

Spuren dieser Überlegungen sind sowohl in den Konföderationsartikeln als auch in der Unionsverfassung zu finden. Die Sicherheitsfrage war für die Schöpfer der Konföderation zentral. Die Konföderationsartikel gewährten den Angehörigen der ehemaligen Kolonien aber auch, modern ausgedrückt, weitgehende Freizügigkeitsrechte in den anderen Konföderationstaaten, auf die im Einzelnen einzugehen sein wird.⁴⁸

Während der Beratungen standen drei Streitpunkte im Vordergrund.⁴⁹ Zentral war die Frage, ob die Stimmen der Staaten im Kongress gewichtet oder gleich gezählt werden sollten. Die grossen Staaten wünschten eine proportionale Repräsentation und entsprechende Gewichtung. Die kleinen jedoch hielten dem entgegen, auf diese Weise könnten wenige grosse Staaten über den ganzen Rest bestimmen.⁵⁰ Die kleinen Staaten setzten sich durch. Jeder Staat erhielt eine Stimme im Kongress, wie dies in Staatenbünden üblich war.⁵¹ In der Praxis gab die Regelung viele Probleme auf. Die grossen Staaten waren – angesichts der erheblichen Kompetenzfülle der Konföderation – nur sehr widerwillig bereit, falls überhaupt, sich einem für sie derart nachteiligen Entscheidungsmodus zu unterwerfen.⁵² Die Staatengleichheit war überspannt worden. Bei der Schaffung der Unionsverfassung von 1787 war man sich bewusst, dass dieses Problem gelöst werden musste. Man ersann eine Kompromisslösung, die später zum Vorbild für die Ausgestaltung der ersten Gewalt in verschiedenen Bundesstaaten wurde.⁵³

Der zweite Hauptstreitpunkt betraf die Verteilung der Kosten für das Bestreiten der Unionsausgaben. Als Verteilungskriterien standen zunächst die Anzahl der in einem Staat lebenden Personen und der Wert der Grundstücke zur Diskussion. Vor allem die Staaten aus dem Norden

48 Vgl. unten III.3.

49 Freedman nennt neben den im Folgenden genannten Streitpunkten auch die Indian Affairs: ders., *Fresh Look* (Anm. 11), S. 816 ff.

50 Freedman, *Fresh Look* (Anm. 11), S. 819.

51 Article V Abs. 3.

52 Freedman, *Fresh Look* (Anm. 11), S. 825.

53 Die 1787 erfundene Formel mit gleicher Repräsentation der Staaten im Senat und proportionaler Repräsentation des Volkes im Repräsentantenhaus wird gemeinhin als *Great Compromise* bezeichnet. Sie verband Elemente des kleinen Staaten begünstigenden New Jersey-Plan – jeder Staat sollte eine Stimme haben – mit Elementen des Virginia-Plan, der das Stimmrecht nach Bevölkerungszahl beziehungsweise Finanzkraft bemessen wollte. Weitere Namen für den *Great Compromise* sind *Connecticut Compromise* oder *Sherman's Compromise*.

sprachen sich für ersteres Kriterium aus, da sie vergleichsweise über mehr Bodenwerte als Personen verfügten.⁵⁴ Sie fürchteten, mehr zahlen als bestimmen zu können, konnten sich aber nicht durchsetzen. Man entschied sich für das Verteilkriterium des Wertes des Grundeigentums unter Einschluss des Wertes aller darauf stehenden Gebäude.⁵⁵ Das umständlich zu handhabende Kriterium löste sofort neuen Streit aus.

Das dritte Problemfeld betraf die Zukunft der Territorien westlich der alten Kolonien. Wie weit sollten sich die ehemaligen Kolonien ausdehnen und ihr Gebiet eigenmächtig vergrößern können? Sollten die Gebiete sklavereifrei sein, wie einige Staaten aus dem Norden forderten, die die Sklaverei abgeschafft hatten, oder sollte diese Frage offen bleiben? Die Sklavenfrage war insofern brisant, als sie das Binnengleichgewicht der Allianz betraf, das Verhältnis zwischen sogenannten Sklavhalterstaaten und sklavenfreien Gebieten.⁵⁶ Das diesbezügliche Gleichgewicht war fragil. Die Frage blieb in den Konföderationsartikeln vorerst ungerregelt. Erst 1787 fand sie in der *Northwest Ordinance* – einem Kongressakt – eine Lösung. Der Kompromisscharakter der Regelung ermöglichte die Koexistenz beider Systeme während der ersten Jahrzehnte der Union.

Die Ziele der Konföderation sollten vor allem auf zwei Wegen erreicht werden: durch Übertragung substantieller Kompetenzen von den Staaten auf die Zentralgewalt und durch aktives Vorantreiben der wirtschaftlichen, rechtlichen und sozialen Integration durch bestimmte Ver- und Gebote.⁵⁷ Erste Gemeinschaftsaufgabe der Konföderation war die Aussen- und Sicherheitspolitik. Etwa die Hälfte der dem Kongress übertragenen Zuständigkeiten hatte direkt oder indirekt mit Verteidigung oder Sicherheit zu tun. Die Konföderation entschied insbesondere über Krieg und Frieden, die Entsendung von Botschaftern und den Abschluss internationaler Verträge – allerdings mit Ausnahme der Handelsverträge,

54 Freedman, *Fresh Look* (Anm. 11), S. 821.

55 Article VIII Abs. 1.

56 Vgl. Oliver Diggelmann, *Das dunkle Kapitel der US-Verfassungsgeschichte*, 15 Jura (2009), Bd. I, S. 200 ff.

57 Bei der Kompetenzzuweisung folgten die Konföderationsartikel – wie später die Verfassung – dem Prinzip der Einzelenumeration. Article II regelt diesen Punkt explizit. Die Verfassung von 1787 enthielt zunächst keine ausdrückliche Regelung. Es war jedoch selbstverständlich, dass man an der Kompetenzausscheidungsregel festhalten wollte. Amendment Ten machte die Entscheidung wieder explizit.

die zwar von Bedeutung waren, vorerst aber eine staatliche Domäne blieben.⁵⁸ Auch die Regelung der Angelegenheiten mit den Indianern fiel in den Aufgabenbereich der Konföderation.⁵⁹ In der Praxis verwandte der Kongress den grössten Teil seiner Energie auf die Aussen- und Sicherheitspolitik.⁶⁰

Eine wichtige Konföderationskompetenz war auch die Zuständigkeit zur Streitschlichtung zwischen den Staaten.⁶¹ Inspirationsquelle dieser Regelung könnte die altenglische Institution des *Privy Council*⁶² gewesen sein, dem in England eine wichtige Rolle für den Zusammenhalt der Institutionenordnung zukam.⁶³ Die Zuweisung dieser Zuständigkeit an die Konföderation war eine der wichtigsten Entscheidungen der ganzen Konföderationsartikel. Sie spürte eine andere Möglichkeit der Konfliktbewältigung als Drohung und Gewaltanwendung vor. Der Regelung lag eine bedeutende Pazifizierungsambition zugrunde. Sie wirkte auch als Wegbereiter der entsprechenden Norm in der Unionsverfassung von 1787. In der Praxis konnten vereinzelt wichtige Streitigkeiten auf diesem Weg gelöst werden. Ein kurz nach Konföderationsgründung eskalierender Territorialdisput zwischen Connecticut und Pennsylvania etwa, bei dem auf Betreiben Pennsylvanias ein Schiedsgericht eingesetzt wurde, konnte entschärft werden.⁶⁴ Das Verfahren allerdings war kompliziert.

Zu den Konföderationskompetenzen gehörte weiter das Recht zur Bestimmung der Wechselkurse und zur Prägung von Münzen.⁶⁵ Letzteres stand der Konföderation allerdings nicht ausschliesslich zu; auch die Staaten konnten Geld ausgeben. Der Idee nach sollte die Konföderation mit dieser Zuständigkeit eine Mitverantwortung für die Stabilität der

58 Article X Abs. 1; Article VI Abs. 1.

59 Article IX Abs. 4.

60 Dougherty, a. a. O. (Anm. 38), S. 25.

61 Article IX Abs. 2.

62 Der *Privy Council* verfügte über einen äusserst heterogenen Zuständigkeitsbereich. Er übte an Stelle des Monarchen gewisse legislative und judikative Funktionen aus. Später kamen diverse Verwaltungsaufgaben dazu.

63 Vgl. Andrew C. McLaughlin, *A Constitutional History of the United States*, New York 1935, insb. Kapitel XII. Auch hier wird der grosse Einfluss der englischen Institutionenordnung als Inspirationsquelle deutlich.

64 Das Schiedsgericht entschied 1782 im Sinne Connecticuts. Hintergrund des ab den frühen 1770er-Jahren schwelenden, immer heftiger werdenden Konflikts waren sich widersprechende Garantien in den *Colonial Charters*.

65 Article IX Abs. 4.

Wirtschaftsbedingungen übernehmen, die sie in der Praxis allerdings kaum einlösen konnte. In der zweiten Hälfte der Konföderationsperiode kam es einmal zu einer bedeutenden Krise im Währungsbereich. Rhode Island gab 1786 wertloses Geld aus, um der um sich greifenden Verschuldung entgegenzuwirken.⁶⁶ Die Konföderation war nicht in der Lage, wirkungsvoll zu intervenieren.⁶⁷ Die Krise beschleunigte den Niedergang der Konföderation.

Einige weitere Kompetenzen verdienen kurz Erwähnung. Die Konföderation war auch zuständig für die Festsetzung von Massen und Gewichten.⁶⁸ Auch damit sollte der Austausch zwischen den Gebieten erleichtert werden. Ausserdem wurde ihr das Recht übertragen, ein Postnetz für die Konföderation einzurichten.⁶⁹ Insgesamt war die Liste der Zuständigkeiten von jener der Union von 1789 nicht mehr allzu weit entfernt.⁷⁰

Das Zusammenwachsen der Staaten wurde durch verschiedene Ver- und Gebote gefördert. Bedeutend war zunächst, dass kein Staat alleine militärisch so mächtig werden durfte, dass sich die anderen vor ihm fürchten mussten. Die Konföderationsartikel erlaubten den Staaten nur gerade so viele eigene Truppen zu halten, wie es der Kongress für die Grenzsicherung für notwendig hielt.⁷¹ Sie sollten militärisch gemeinsam agieren, auf einander angewiesen sein und dadurch zu einer Einheit werden. Über die regulären Truppen hinaus durften sie allerdings zusätzlich eine «Miliz» unterhalten, eine Art Sicherheitstruppe im Innern, die keine vollständig ausgerüstete Armee sein durfte.⁷²

66 Zur *Paper Money Crisis* in Rhode Island: Roberto Gargarella, *The Scepter of Reason*, Dordrecht 2000, S. 45 ff.

67 Unter dem Eindruck dieser Krise wurde die Münzprägung in der Verfassung von 1787 exklusiv der Union übertragen.

68 Article IX Abs. 4.

69 Ebd.

70 In der Verfassung von 1787 kamen vor allem das Recht der Union zur Erhebung von Steuern und die Zuständigkeiten im Bereich des zwischenstaatlichen und auswärtigen Handels, zum Erlass von Regeln betreffend Konkurs und Einbürgerung sowie zur Einrichtung des Bundesjustizwesens hinzu: Smith, a. a. O. (Anm. 15), S. 278 f.

71 Article VI Abs. 3.

72 Nachfahren der seit dem Unabhängigkeitskrieg bestehenden Milizen sind die heutigen Nationalgardeeinheiten der Union und der einzelnen Gliedstaaten. Es handelt sich um Reserveeinheiten für den Kriegsfall, die bei aussergewöhnlichen Ereignissen auch im Innern eingesetzt werden können. Sie spielen bei grösseren militärischen Operationen der USA regelmässig eine bedeutende Rolle.

Der Integrationsprozess wurde weiter dadurch unterstützt, dass die Konföderationsangehörigen das Recht zur Niederlassung in den anderen Staaten erhielten.⁷³ Die Konföderationsartikel gewährten das Recht zur freien Ein- und Ausreise in andere Konföderationsstaaten sowie einen Anspruch auf «all the privileges and immunities of free citizens». Die Bedeutung dieser Regelung für die weitere Entwicklung kann kaum überschätzt werden. Sie schuf eine Art *nucleus* eines Konföderationsbürgerrechts.⁷⁴ Konföderationsangehörige wurden mit Staatsangehörigen gleichgestellt. Nur Arme, Vagabunden und flüchtige Straffällige waren ausgenommen. Die Bestimmung wurde – so Alexander Hamilton später – auch zur «basis of the Union».⁷⁵ Gefördert wurde die Integration auch dadurch, dass die konföderierten Staaten verpflichtet wurden, offizielle Dokumente und Akte der anderen Bündnismitglieder anzuerkennen.⁷⁶ Damit wurde der freie Verkehr zwischen ihnen ebenfalls erleichtert. Schliesslich bestand eine Verpflichtung, Straffällige an andere Staaten auszuliefern.⁷⁷ Niemand sollte die Möglichkeit zur Niederlassung in anderen Staaten dazu nutzen, sich der Strafjustiz des eigenen Staates zu entziehen. Das Auslieferungsgebot war gewissermassen das Gegenstück zur Niederlassungsfreiheit.

3. Schicksal der Konföderationsartikel

Die *Articles of Confederation* blieben acht Jahre in Kraft. Bereits kurz nach ihrem Inkrafttreten fielen sie allerdings weitgehend in Ungnade.⁷⁸ Dies war nicht nur bei den Konservativen der Fall, bei denen es zu erwarten gewesen war, sondern auch bei den Liberalen, deren Vorstellun-

73 Article IV Abs. 1.

74 Freedman spricht von einem «universal intercitizenship»: ders., *Commonwealth* (Anm. 11), S. 149.

75 Vgl. *Federalist* Nr. 80. – In der Verfassung von 1787 wurde die Formulierung der *Privileges and Immunities Clause* im Vergleich zu jener in den Konföderationsartikeln etwas vereinfacht. Die entscheidende Neuerung war aber vor allem, dass die Verfassung dafür sorgte, dass die Klausel auch umgesetzt werden konnte.

76 Article IV Abs. 3.

77 Article IV Abs. 2.

78 Zum Schicksal der *Articles* vgl. etwa James E. Hickey, *Localism, History and the Articles of Confederation: Some Observations About the Beginnings of U.S. Federalism*, 9 *Ius Gentium* (2003), S. 12.

gen in zentralen Punkten verwirklicht worden waren.⁷⁹ Die Konföderationsartikel litten an einer Reihe von Mängeln. Das wohl wichtigste Problem war das Fehlen einer leistungsfähigen Infrastruktur zur Durchsetzung der Konföderationsbeschlüsse.⁸⁰ Eine routinemässige und verlässliche Implementierungspraxis, wie sie für die Konsolidierung der Konföderation unentbehrlich gewesen wäre, konnte sich nie entwickeln. Es gab keine Justiz, die dem Prinzip der Suprematie des Konföderationsrechts und den Konföderationsbeschlüssen Nachachtung verschaffte.⁸¹ Ein Teil der Beschlüsse wurde in der Praxis – etwas zugespitzt formuliert – als eine Art Bitte an die Einzelstaaten behandelt.⁸² Die Zentralgewalt erschien insbesondere in Krisensituationen oft als schwach und hilflos. So sah der Kongress etwa tatenlos zu, als es 1786 in Massachusetts zu einem als *Shay's Rebellion* bekannten Aufstand kam.⁸³ Der Aufstand dauerte bis 1787. Ebenfalls im Jahr 1786 stand die Konföderation der erwähnten Währungskrise in Rhode Island machtlos gegenüber. Die Staaten nahmen vermehrt Gesetze an, die internationalen Verpflichtungen oder konföderationsinternen Beschlüssen widersprachen, und sie hielten auch zusehends ohne Zustimmung des Kongresses Armeen.⁸⁴

Das zweite Grundproblem war das Fehlen eigener Einnahmequellen. Die Konföderation konnte zwar Beschlüsse über die Verteilung von Kosten fällen, die durch die Besorgung der Gemeinschaftsaufgaben entstanden waren, sie verfügte aber weder über Steuer- noch über Zollge-

79 Alexander Hamilton schrieb in *Federalist* Nr. 15, dass sowohl Gegner als auch Freunde der Konföderationsartikel darin einig seien, dass diese revidiert werden müssen, wenn die Kolonien von Anarchie verschont bleiben sollen.

80 Freedman weist allerdings darauf hin, dass manches der Zentralregierung angelastete Implementierungsproblem seine Ursache ebenso in einer Schwäche der Gliedstaaten hatte: ders., *Fresh Look* (Anm. 11), S. 789.

81 Article 6 Abs. 2 der Verfassung von 1787 statuiert vor dem Hintergrund dieser Erfahrungen mit den Konföderationsartikeln: «This Constitution [...] shall be the supreme Law of the Land, and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution of any State to the Contrary notwithstanding.»

82 Amar, a. a. O. (Anm. 28), S. 28.

83 Die vor allem von Farmern getragene Rebellion richtete sich gegen das drückende Steuer- und Schuldenregime. Es führte oft zu Landverlusten und Schuldverhaft und barg grosse soziale Sprengkraft. Dies kommt etwa darin zum Ausdruck, dass die Aufständischen sich als Träger der Revolutionsideen sahen und oft Revolutions-symbole benutzten.

84 Amar, a. a. O. (Anm. 28), S. 29.

walt.⁸⁵ Die Schöpfer der *Articles* betrachteten diese Situation als Sicherheitsmassnahme gegen eine allfällige von den Liberalen befürchtete Tyrannei des Kongresses, die die Freiheit insbesondere des Eigentums bedrohen könnte. Aus liberaler Sicht waren die Staaten die Garanten der Freiheit, die mittels umfassender Finanzhoheit über ein Druckmittel verfügen sollten, um sich gegen Übergriffe des Kongresses wirksam zu wehren.⁸⁶ Man sah in dieser Regelung eine zusätzliche Veto-Position des Volkes, entsprechend dem Whig-Ideal einer republikanischen Regierung «von unten».⁸⁷

Die Folgen dieser Entscheidung waren schwerwiegend für die Konföderation. Die Konföderation war nie in der Lage, sich die für die Bewältigung der gemeinsamen Aufgaben nötigen Mittel zu beschaffen, und bei der Verteilung der Kosten kam es – nicht zuletzt wegen des unpraktikablen Verteilungskriteriums – stets zu Gezänk. Die Staaten weigerten sich verschiedentlich, die ihnen zugewiesenen Beträge zu bezahlen. Bereits kurz nach der Konföderationsgründung war im Jahr 1783 einmal ein Versuch unternommen worden, die Situation zu verbessern. Ein Vorschlag ging dahin, das übersichtlichere Kriterium der Einwohnerzahl als Kostenverteilungskriterium einzuführen. Der Versuch schlug jedoch fehl. Das unpraktikable Finanzregime trug das seinige dazu bei, die Konföderation in einem prekären Zustand zu halten.⁸⁸

Die Krisen des Jahres 1786 besiegelten das Schicksal der Konföderation. Ein Jahr später lag sie in Trümmern.⁸⁹ Es musste auf einer grundsätzlichen Ebene etwas geschehen, wenn das Bündnis der ehemaligen Kolonien nicht vollständig auseinanderbrechen sollte. Die Optionen lagen auf der Hand: Entweder mussten die Konföderationsartikel revidiert werden, oder man musste ein neues Bündnis oder eine Verfassung schaf-

85 Article VIII.

86 Die Vorstellung, dass die Staaten die Freiheit des Einzelnen schützen, während die Zentralregierung sie bedroht, spiegelt sich auch darin, dass sich die *Bill of Rights* dem Wortlaut nach nur an die Zentralregierung richtet. Von den Staaten wird angenommen, dass diese die Individualrechte ohnehin beachten. Erst die berühmte Rechtsprechung des Supreme Court zu *Amendment Fourteen* erweiterte den Anwendungsbereich der Garantien auf das Handeln der Gliedstaaten.

87 Dougherty, a. a. O. (Anm. 38), S. 32.

88 Der Kongress verfügte zu keinem Zeitpunkt über genügend finanzielle Mittel, um seine Aufgaben ordnungsgemäss erfüllen zu können. Er konnte nicht einmal die Armee genügend ausrüsten.

89 Amar, a. a. O. (Anm. 28), S. 28.

fen. Ersteres gelang nicht, weil sich die Konföderationsartikel mit dem Erfordernis der doppelten Einstimmigkeit bei Revisionen selbst geknebelt hatten. Für Änderungen hätte es der Einstimmigkeit sowohl im Kongress als auch in den Mitgliedstaaten bedurft. Diese Schwelle war viel zu hoch.⁹⁰

III. Supranationale Elemente

1. Institutionenordnung

Zentrale Institution der Konföderation und unbestrittenes Machtzentrum war der Kongress. Er war für die Setzung des Konföderationsrechts und für seine Durchsetzung zuständig. In sehr beschränktem Umfang besass er auch Rechtsprechungskompetenzen. Er war gewissermassen Legislative, Exekutive und Judikative in Organunion.⁹¹ Zusammengesetzt war der Kongress aus Staatenvertretern, die sich als Botschafter ihrer Staaten verstanden und nach Weisungen stimmten. Die Auswahl erfolgte durch die Staaten, die auch das Auswahlprozedere bestimmten. Fast überall erklärten sie die Parlamente dafür zuständig,⁹² die die Delegierten auch auswechseln konnten.⁹³ Ein Wechsel der staatlichen Regierung bedeutete regelmässig auch einen Austausch der Delegierten. Jeder Staat konnte zwischen zwei und sieben Delegierten in den Kongress entsenden, allerdings nur eine – ungeteilte – Stimme abgeben.⁹⁴ Auf die Anzahl Delegierter kam es damit nicht an.

90 Bei der Schaffung der Unionsverfassung stand von Anbeginn weg fest, dass eine Beibehaltung des Einstimmigkeitserfordernisses für Verfassungsänderungen nicht in Frage käme. Roger Sherman – der Schöpfer der Formel für die beiden Kongresskammern – setzte sich vergeblich für ein Festhalten am Konsenserfordernis ein: *The Records of the Federal Convention of 1787*, hrsg. von Max Farrand, New Haven/London/Oxford 1911, S. 588.

91 Dougherty, a. a. O. (Anm. 38), S. 25.

92 Staaten mit zwei Kammern – etwa das mächtige Massachusetts – liessen die Delegierten von einem aus Angehörigen beider Kammern zusammengesetzten Wahlorgan wählen. Dieser Wahlmodus wurde Joint Ballot genannt. Er stellte sicher, dass die Position der Delegierten ungefähr in der Mitte derjenigen ihrer Legislativkammern lag.

93 Amar spricht in diesem Zusammenhang von einem Recall-Recht der Staatenregierungen: ders., a. a. O. (Anm. 28), S. 26.

94 Article V Abs. 3.

Das zweite – dem Kongress untergeordnete – Organ war das *Committee of the States*.⁹⁵ Es sollte den Kongress vertreten, wenn dieser nicht tagte und war somit als eine Art Ersatz-Exekutive und -Legislative für die tägliche Geschäftsführung gedacht. Das *Committee of the States* war vollständig vom Kongress abhängig. Zusammengesetzt war es aus je einem Vertreter pro Staat, der zugleich Mitglied des Kongresses war. In der Praxis konnte das *Committee of the States* nie eine bedeutende Rolle spielen. Es erwies sich von Anbeginn weg als funktionsunfähig, da sich seine Mitglieder sogleich in Parteien spalteten und sich gegenseitig blockierten. Die Folge bestand darin, dass der Kongress während des ganzen Jahres tagte.⁹⁶ Er fällt die wichtigen Entscheide selbst, wenn er dazu überhaupt in der Lage war.

Eine weitere Institution war der Präsident.⁹⁷ Der Präsident war – anders als aus heutiger Sicht zu vermuten – nicht die Spitze des *Committee of the States*. Er präsierte vielmehr den Kongress, sass dessen Beratungen vor und koordinierte seine Aktivitäten. Die Aufgaben des Präsidenten wurden in den Konföderationsartikeln nicht näher bestimmt. Die Funktion wurde als nicht genügend wichtig erachtet. Die Konföderationsartikel legten lediglich fest, dass dieselbe Person innerhalb von drei Jahren nur während eines Jahres Präsident sein kann. Einflussreiche Delegierte galten als mächtiger als der Präsident.⁹⁸ Dieser entschied etwa nicht über die Agenda des Kongresses, beteiligte sich nicht an der Diskussion, und er durfte auch nicht mitstimmen, ähnlich dem *President Pro Tempore* im modernen Kongress.⁹⁹ Der Präsident nannte sich bereits *President of the United States of America*.

Weiter gab es die Institution der *Civil Officers*.¹⁰⁰ *Civil Officers* waren Sonderbeauftragte des Kongresses, denen dieser spezifische Aufgaben exekutivischer Art übertrug und denen in der Praxis eine gewisse Bedeutung zukam. Sie unterstützten den Kongress bei der Erfüllung seiner täglichen Aufgaben und wurden teilweise auch relativ mächtig. Unabhängig vom Kongress handeln konnten sie nicht. Beispiele für wich-

95 Article IX Abs. 5.

96 Prince, a.a.O (Anm. 12), S. 35.

97 Article IX Abs. 5.

98 Dougherty, a. a. O. (Anm. 38), S. 27.

99 Ebd.

100 Article IX Abs. 5.

tige *Civil Officers* sind der *Superintendent of Finance*, der *Secretary at War* und der *Secretary of Foreign Affairs*.¹⁰¹ Eine eigentliche Verwaltung im Sinne einer hierarchisch strukturierten und durchorganisierten Staatsorganisation existierte noch nicht.

Die Institutionenordnung war jener klassischer Staatenbünde in vielen Hinsichten noch ähnlich. Die Macht war fast ausschliesslich bei einem Organ konzentriert; eine Differenzierung in Teilfunktionen existierte nur in Ansätzen; die Vertreter der Bündnisglieder verstanden sich als Botschafter ihrer Staaten, hatten strikt denselben Status und stimmten nach Weisungen. Manche Elemente wiesen allerdings über das Staatenbündische hinaus. Dazu gehörten vor allem – wie näher zu erläutern sein wird – die Entscheidungsregel, die Kompetenzfülle der Konföderation und der Umstand, dass die Konföderationsartikel das ökonomische, rechtliche und soziale Zusammenwachsen der Staaten mit verschiedenen Mitteln förderten. Auch in der Alltagspraxis gab es Ansätze in Richtung intensiverer Bindung. Das Abstimmen in «Staatsblöcken» etwa führte verschiedentlich zu Kritik und zur Forderung, die Delegierten als Individuen zu betrachten und als solche stimmen zu lassen.¹⁰² Man könnte von einer zumindest angedachten Verselbständigung der Delegierten sprechen, zu der es unter den Konföderationsartikeln allerdings noch nicht kam. Man wurde sich jedoch zusehends bewusst, dass eine derart enge Verbindung von Staaten wie die Konföderation zur institutionellen Grundinfrastruktur klassischer Staatenbünde mit Ambassadoren-Staatenvertretern nur bedingt passt.

2. Qualifizierte Mehrheiten

Die Entscheidungsregel im Kongress war – in moderner Terminologie ausgedrückt – ein supranationales oder supranationalitätsähnliches Element.¹⁰³ Die Konföderation entschied nicht nach dem Konsensprinzip. Es genügte eine qualifizierte Mehrheit: Neun von dreizehn Staaten, etwas mehr als zwei Drittel, mussten zustimmen, damit ein Antrag ange-

101 Dougherty, a. a. O. (Anm. 38), S. 27.

102 Dougherty, a. a. O. (Anm. 38), S. 29.

103 Article V Abs. 3.

nommen war.¹⁰⁴ Beschlüsse wie die Ernennung des *Commander in Chief*, die Festlegung der Anzahl Kriegsschiffe, das Prägen von Münzen oder das Eingehen militärischer Allianzen konnten gegen den Willen einzelner Staaten – auch mächtiger Staaten wie New York oder Massachusetts – gefällt werden. Dies war eine bedeutende Beschränkung der Souveränität der eben erst unabhängig gewordenen Kolonien. Die Entscheidungsregel stellte eine substantielle Unterwerfung unter einen kollektiv zu formulierenden Willen dar. Einstimmigkeit war einzig für die Revision der Konföderationsartikel nötig.¹⁰⁵

3. Kompetenzfülle und Integration

Die Zuständigkeitsfülle der Konföderation war ebenfalls ein supranationalitätsähnliches Element. Die Aufgaben der Konföderation gingen weit über jene eines Verteidigungsbündnisses hinaus, auch wenn die gemeinsamen militärischen Interessen ohne Zweifel der erste Existenzgrund der Verbindung waren. Eine Reihe weiterer wichtiger Politikbereiche wurde vergemeinschaftet: neben der Aussen- und Sicherheitspolitik insbesondere, wie erwähnt, auch die konföderationsinterne Streitschlichtung, die Zuständigkeiten zur Einrichtung eines Postnetzes und zur Bestimmung von Massen und Gewichten sowie einige Rechtsetzungskompetenzen, etwa im Bereich der Pirateriebekämpfung.

Die Konföderationsartikel waren wesentlich auch ein Integrationsvertrag.¹⁰⁶ Dieser Aspekt erinnert ebenfalls an supranationale Gemeinschaften. Kernstück war in dieser Hinsicht das Recht zur Niederlassung in anderen Staaten. Konföderationsangehörige durften frei ein- und ausreisen, sie verfügten über das Recht auf «all the Privileges and Immunities of free citizens in the several states». Die Garantie ging über ein Diskriminierungsverbot hinaus. Konföderations- und Staatsangehörige mussten rechtlich gleichgestellt werden. Die *Articles* öffneten damit Mi-

104 Die Herkunft der Regel ist im Einzelnen unklar. Eine gewisse Rolle dürfte der Albany Plan aus dem Jahr 1754 gespielt haben. Dieser sah vor, dass bei wichtigen Entscheidungen zwei von drei Regionen (New England, Mid-Atlantic, South) zustimmen müssen: Dougherty, a. a. O. (Anm. 38), S. 31, Fn. 36 m. H.

105 Article XIII; vgl. II.3.

106 Für Einzelheiten vgl. oben II.2.

grationsräume und relativierten Binnengrenzen. In Verbindung mit der Anerkennungspflicht in Bezug auf amtliche Dokumente schufen sie Grundelemente eines gemeinsamen Rechtsraumes. Die Staaten gaben etwas auf, was zum Kern der Staatlichkeit zählt: die Kontrolle über die Zuwanderung. Die Konföderation trug damit zur Schaffung einer Situation bei, die den Schritt zur Staatlichkeit ein paar Jahre später als weniger gross erscheinen liess.

IV. Schluss

1. Militärische Bedrohungslagen

Zu welchen allgemeineren Überlegungen führt die Auseinandersetzung mit der amerikanischen Konföderation? In welchem Licht lassen Entstehungs- und Wirkungsgeschichte der Konföderationsartikel – um zum Ausgangspunkt des Beitrages zurückzukehren – die heutige Situation der Europäischen Union erscheinen? Der Gedanke liegt nahe, dass zwischen der Entstehung von Supranationalität und militärischen Bedrohungen eine Korrelation besteht. Sowohl im Fall der amerikanischen Konföderation als auch bei der europäischen Integration ist ein solcher Konnex feststellbar. Die amerikanische Konföderation war im Kern sicherheitspolitisch motiviert. Sicherheitsbelange waren seit Beginn der militärischen Auseinandersetzungen mit England von überragender Bedeutung und der Hauptgrund für die Weiterentwicklung der zunächst bloss politischen Allianz zu einer supranationalitätsähnlichen Verbindung.

Auch die Anfänge der europäischen Integration sind eng mit sicherheitspolitischen Überlegungen verknüpft. Europa sollte aus nationalstaatlicher Feindseligkeit und Zersplitterung herausgeführt, die sicherheitspolitischen Parameter derart verschoben werden, dass Gewaltanwendung unter Nachbarn als Mittel rationaler Politik nach Möglichkeit ausscheidet.¹⁰⁷ Mit der Schaffung der Montanunion wurde – diese Ideen umsetzend – die für die Kriegführung zentrale Stahlindustrie gemeinsamer Kontrolle unterstellt; eine zentrale Gefahrenquelle war damit einge-

¹⁰⁷ Böckenförde, Europa (Anm. 1), S. 68 ff.

dämmt. Die nie verwirklichte Europäische Verteidigungsgemeinschaft hätte Sicherheit sogar direkt gegen Souveränität eintauschen sollen.¹⁰⁸ Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft trat schliesslich als partieller Ausfallbürge ein. Auch sie diene sicherheitspolitischen Zielen, wenn auch mehr indirekt, indem sie Verflechtungen und damit Stabilitätsinteressen förderte. Die Anfänge der Supranationalität in Europa lassen sich in der Gesamtsicht als eine Art Vorwärtsverteidigung begreifen. Der Unterschied zur Situation in Nordamerika besteht darin, dass die zu kontrollierende Gefahr hier eine Gefahr von innen und nicht von aussen war.

Am Rand verdient Erwähnung: Auch die Fortentwicklung der amerikanischen Konföderation zur Union hatte entscheidend mit Sicherheitserwägungen zu tun. Die Sicherheitsfrage beherrschte auch nach der Konföderationsgründung und dem Ende des Unabhängigkeitskrieges mit England die Agenda. Die unmittelbare Bedrohung durch dieses war zwar weggefallen. Es verblieben jedoch strategische Bedrohungen sowohl durch England als auch Frankreich, das seine Ambitionen in Nordamerika noch keineswegs aufgegeben hatte. Auch Spanien war noch nicht endgültig aus Nordamerika verdrängt. Der grösste Teil der *Federalist Papers* handelt nicht zufällig von Verteidigung und weit weniger von Fragen der internen Organisation und der Innenpolitik.¹⁰⁹ Die Konföderationsstaaten strebten im Prinzip eine Situation wie jene Englands an. Als Inselnation hatte es sich militärischen Auseinandersetzungen leichter entziehen können als die Nationen des europäischen Festlandes. Ausserdem ging man in Amerika von einem Zusammenhang zwischen einem Dasein als Inselnation und einer freiheitlicheren Kultur aus. Den *Founding Fathers* war bewusst, dass sich für England der Zusammenschluss mit Wales und Schottland in vielen Hinsichten als vorteilhaft erwiesen hatte. Man wollte auf jeden Fall vermeiden, wie europäische Festlandstaaten ständig in Dispute oder Kriege miteinander verwickelt zu werden. Amerika wollte Inselnation werden.¹¹⁰

108 Vgl. insb. Art. 1 und 2 des EVG-Vertrages.

109 Der berühmte und eher demographisch und demokratietheoretisch argumentierende *Federalist* Nr.10 war in der Praxis weniger einflussreich als vorher erschienene Essays, etwa die *Federalists* Nr. 1 bis 6 sowie 8 und 9, die sich stark mit Fragen der Grenzen und der Geographie befassten und in weit grösserer Zahl gedruckt wurden: Amar, a. a. O. (Anm. 28), S. 44.

110 Akhil Reed Amar schreibt dazu: «The question was not so much whether to pick a big or a small island nation, but how to create an island nation in the first place –

2. Eingebauter Spannungsmechanismus

Man kann sich angesichts der Genese und Entwicklung der Konföderation auch folgende Frage stellen: Kommen supranationale Staatenverbindungen über kurz oder lang zwangsläufig an einen Punkt, an dem sich integrierende Momente und widerständige Kräfte aufheben, so dass eine Art Schwebezustand entsteht? Eine solche Hypothese liesse sich sowohl mit Blick auf die amerikanische Konföderation als auch die europäische Integration formulieren. In beiden Fällen ist das Phänomen eines gewissen Steckenbleibens nicht unbekannt. Bei der Konföderation stellte sich dieser Zustand sehr schnell ein. Als es dem Kongress nach der Konföderationsgründung nicht gleich gelang, die ihm zugeordnete Führungsrolle als Zentralgewalt in Anspruch zu nehmen, kam es zum Stillstand. Die Konföderation konnte diesen Zustand nie mehr richtig überwinden. Die Konföderationsartikel hatten einen Prozess des ökonomischen und sozialen Zusammenwachsens freigesetzt, es gelang jedoch nicht, eine dieser Dynamik entsprechende institutionelle Infrastruktur zu schaffen. Nach einer Zeit des Stillstandes erfolgte schliesslich der Qualitätssprung zur Bundesstaatlichkeit. Dieser stand formal allerdings nicht mehr in einem Ableitungszusammenhang mit dem Grundlagenvertrag der Konföderation. Im Fall der europäischen Integration scheint derzeit ebenfalls ein Steckenbleiben feststellbar. Der Ausdehnung in geographischer Hinsicht zum Trotz stellt sich die Frage, ob die Europäische Union mit der Verwirklichung des Binnenmarktes ihr Entwicklungspotential im Wesentlichen ausgeschöpft hat. Es fällt schwer, gemeinsame Führungsorgane von hoher Autorität zu erkennen, die sich im Zweifel gegen einzelne widerstrebende Staaten durchsetzen könnten. Es herrscht vielmehr der Eindruck des weder Zurück- noch Vorwärtskönnens.

Was könnte der Grund für das «Steckenbleiben» sein? Darüber kann hier nur spekuliert werden. Es sei vorsichtig die Vermutung geäussert, dass ein in die Konstruktionsgrundlagen supranationaler Staatenverbindungen eingebauter Mechanismus am Werk sein könnte – ein Spannungsmechanismus in den Grundprinzipien, der sich ab einem be-

a nation where foreign powers would be far removed and where internal borders could be demilitarized.»: ders., a. a. O. (Anm. 28), S. 44.

stimmten Integrationsgrad stärker bemerkbar macht. In beiden hier betrachteten Fällen haben die Bündnismitglieder substantiellen Einschränkungen der Souveränität zugestimmt. Gleichzeitig wurde eine Dynamik des fortlaufenden Zusammenwachsens ausgelöst, zu deren unantastbaren Prämissen das Fortbestehen der Souveränitätsambition der Bündnismitglieder gehört. Auf der ideellen Ebene wurde damit – so die Vermutung – ein Widerspruch in die Gesamtkonstruktion eingebaut. Deren innere Spannung wird mit jedem Integrationsschritt erhöht: Fortlaufende Integration bedeutet, sich auch in wichtigen Bereichen und zusehends mehr einem kollektiv zu formulierenden Willen zu unterwerfen. Dies kollidiert mit der Ambition des Staates und der Erwartung an ihn, die Letztverantwortung für die Gesamtentwicklung der Politik aufrecht zu erhalten. Begriffe wie Staatlichkeit und Souveränität konnotieren diese Ambition.¹¹¹ Der Staat delegiert etwas, wofür er der Idee nach die Verantwortung behält. Ab einem gewissen Punkt ist eine weitere Vertiefung ohne Bruch mit den Grundregeln der Konstruktion vielleicht nicht mehr möglich. Es kommt zum Stillstand – oder eventuell zum Bruch mit einem Neuanfang wie im Fall der Gründung der amerikanischen Union.

3. Semantische Kontinuität

Die Entwicklungen in Amerika in der Revolutions- und Nachrevolutionsära regen auch dazu an, sich über die Bedeutung von Institutionen-Bezeichnungen bei ambitiösen Integrationsprojekten Gedanken zu machen. Es stellt sich die Frage nach der Bedeutung von semantischer Kontinuität und Übersichtlichkeit der Institutionenordnung für das Gelingen von Integrationsprozessen. Angesichts des Ausgeführten liegt die Vermutung nahe, dass Kontinuität und Übersichtlichkeit dazu beitragen, umstrittene Veränderungsprozesse zu vermitteln und abzufedern. Was in der amerikanischen Revolutions- und Nachrevolutionsperiode überlebte, waren nicht die Institutionen an sich. Es überlebte vielmehr die Sprache, in der über die wichtigsten Einrichtungen gesprochen

111 Vgl. dazu etwa auch die Ausführungen im «Lissabon-Urteil» des Bundesverfassungsgerichts und den dort verwendeten Begriff der Integrationsverantwortung: BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Rn. 245 ff.

wurde, die Institutionen-Terminologie. Neue Institutionen konnten so bis zu einem gewissen Grad als vertraute erlebt werden. Sprachliche Anschlüsse erleichterten es, vorhandenes Vertrauen zu nutzen – auch bei Veränderungen, die in der Sache viele nicht wollten. Es sei in Erinnerung gerufen, dass die Unabhängigkeit während der *Critical Period* noch viele Feinde hatte. Indem das Hauptorgan der Konföderation weiterhin «Kongress» hiess, wurde der Idee nach ein Stück koloniale Infrastruktur, ein Stück königstreue Ordnung, in die Zeit nach der Unabhängigkeit hinüber gerettet. Die Gegner der Unabhängigkeit mussten sich – zumindest auf der sprachlichen Ebene – an nichts Neues gewöhnen.

Im Fall der europäischen Integration bestand keine Möglichkeit, an etablierte Institutionen-Bezeichnungen anzuknüpfen. Übersichtlichkeit wäre hingegen – zumindest theoretisch – erreichbar gewesen. Wie sieht hier die Realität aus? Es gibt einen Rat der Europäischen Union, einen Europäischen Rat, eine Kommission der Europäischen Union, ein Europäisches Parlament, einen Europarat, eine Parlamentarische Versammlung des Europarates – um nur einige zentrale Institutionen zu nennen. Bezeichnend ist, dass bei der Erklärung der Institution des Europäischen Rates niemals der Hinweis fehlt, er dürfe nicht mit dem Europarat verwechselt werden. Mit Übersichtlichkeit hat all dies wenig zu tun. Natürlich gibt es «historische» Gründe für diese Situation, doch: Die Bevölkerung, die die Sprache erlernt, in der über die europäischen Institutionen gesprochen wird, muss sich in einer für sie zunächst kaum verständlichen Institutionenlandschaft zurechtfinden. Man muss fast Experte sein, um sie richtig zu verstehen. Wie sollen hier jenes Vertrauen und jene Loyalität entstehen, auf die politische Institutionen angewiesen sind, wenn sie schmerzhaft Entscheidungen treffen müssen? Ich meine, dass diese Frage für das Verständnis der heutigen Situation der Europäischen Union wichtiger ist als viele als zentral bezeichnete Fragen zur Institutionenordnung, die die Aufmerksamkeit von Wissenschaft und Politik absorbieren.

Europäischer Föderalismus im Licht der Verfassungsgeschichte – Regierungs- / Governance-Funktionen

Stefan Oeter

1. Einführung: Regierungsfunktionen im *bündischen* Gefüge der Europäischen Union

Die deutsche Sicht auf die Europäische Union – aber nicht nur die im engen Sinne deutsche Sicht, sondern auch die Sicht aus Österreich und der Schweiz – tut sich im Vergleich relativ leicht, das institutionelle Verbundgefüge, das sich im Verlaufe mehrerer Jahrzehnte in verschiedenen Schüben entwickelt hat, als ein letztlich doch irgendwie föderales Gemeinwesen zu begreifen.¹ Vor der Folie der deutschen, aber auch der schweizerischen Verfassungsgeschichte liegt es durchaus nahe, die Europäische Union als ein unzweifelhaft «bündisches» Gebilde, wenn auch ganz eigener Art, zu begreifen – ein «bündisches» Gebilde, in dem die Staatsgewalt auf mehrere Ebenen verteilt ist und in dem letztlich keiner Ebene ein absoluter Vorrang zukommt, im Sinne einer *ungeteilten* und *originären* Souveränität.² Die genaue Begrifflichkeit im Bannkreis dieser *bündischen* Konzepte oszilliert zwar erheblich. Die Bezeichnung als *Staatenverbund*, die der EU von Seiten des Bundesverfassungsgerichts

1 Vgl. etwa: U. Everling, Zur föderalen Struktur der Europäischen Gemeinschaft, in: FS Karl Doehring, 1989, S. 179 ff.; A. Weber, Zur künftigen Verfassung der Europäischen Gemeinschaft: JZ 1993, S. 325 ff.; G. F. Schuppert, Zur Staatswerdung Europas: StWStPr 5 (1994), S. 35 ff. (36 f.); P. Badura, Die föderative Verfassung der Europäischen Union, in: FS Martin Heckel, 1999, S. 696 ff.; A. v. Bogdandy, Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform, 1999, S. 61 ff.; S. Oeter, Föderalismus, in: A. v. Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2003, S. 59 ff.; vgl. auch aus einer Frühphase der Diskussion H. Bülck, Föderalismus als internationales Ordnungsprinzip: VVDStRL 21 (1964), S. 1 ff. (1 f., 48 ff.).

2 Siehe hierzu eingehend S. Oeter, Souveränität und Demokratie als Probleme in der «Verfassungsentwicklung» der Europäischen Union, ZaöRV 55 (1995), S. 659 ff.

verpasst wurde,³ war klar in Kategorien eines traditionellen Etatismus gedacht, mit dem Nationalstaat als primärer, quasi vorausliegender politischer Einheit, und der EU als Ebene neuer, nur abgeleiteter politischer Gewalt.⁴ Doch selbst dieser Begriff enthält – in seinem Kernbestandteil des *Verbunds* – schon semantisch die Grundelemente des *bündischen* Systems. Anderen Strömungen der deutschen Doktrin fällt es dagegen nicht schwer, die Europäische Union als ein – auch schon im engeren Sinne – föderales Gebilde zu begreifen, ja als *Bundesstaat im Werden*.⁵ Zentrale analytische Folie ist dabei die Verfassung des ersten deutschen Bundesstaates, des von Bismarck konzipierten Reiches von 1867/71, aber auch die ersten Konstruktionen einer föderal organisierten Eidgenossenschaft, insbesondere der Verfassung von 1848.⁶ Gerade vor dem Hintergrund der im Kern vertragsbasierten Einigung der deutschen Staaten in einem gemeinsamen *Reich* liegt es nicht fern, ein Vertragsgebilde wie die EU als ein föderales System zu begreifen.⁷ Gegründet von den Mitgliedstaaten per Vertrag, mit abgeleiteter Hoheitsgewalt, aber stark verselbständigter politischer Willensbildung, führt dieses politische Gebilde *sui generis* ein erkennbares politisches Eigenleben – und verfügt über eine Kompetenzausstattung, die im Rechtsvergleich nicht nennens-

3 BVerfG, Urt. v. 12.10.1993 – 2 BvR 2134, 2159/92, BVerfGE 89, 155 = NJW 1993, 3047 ff.

4 Vgl. zur Kategorie des «Staatenverbunds» nur P. Kirchhof, Europäische Union: Der europäische Staatenverbund, in: A. v. Bogdandy / J. Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, S. 1009 ff.; R. Streinz, Die Verfassung Europas: Unvollendeter Bundesstaat, Staatenverbund oder unvergleichliches Phänomen?, in: FS H. Nehlsen, Köln 2008, S. 750 ff.; R. Herzog (Hrsg.), Die Europäische Union auf dem Weg zum verfassten Staatenverbund, München 2004; P. Hommelhoff / M. Hilf (Hrsg.), Der Staatenverbund der Europäischen Union, Heidelberg 1994.

5 Siehe nur J. Fischer, Vom Staatenverbund zur Föderation – Gedanken über die Finalität der europäischen Integration, Integration 23 (2000), 149 ff.

6 Vgl. hierzu auch F. von Däniken, Die schweizerische Verfassungsgeschichte, Quelle der Inspiration für den neuen europäischen Konvent: Quo vadis Europa?, in: P. Barblan / A. Koller (Hrsg.), Die schweizerische Verfassungsgeschichte: Eine Quelle von Anregungen für die Zukunft Europas?, Lenzburg 2002, S. 197 ff., ferner A. Kölz, Gedanken zu einer europäischen Verfassung, a. a. O., S. 102 ff.

7 Siehe insoweit nur A. Böhmer, Die Europäische Union im Lichte der Reichsverfassung von 1871 – Vom dualistischen zum transnationalen Föderalismus, Berlin 1999, S. 35 ff., 125 ff., 144 ff., ferner S. Oeter, Souveränität und Demokratie als Probleme in der «Verfassungsentwicklung» der Europäischen Union, ZaöRV 55 (1995), S. 659 ff., sowie K.E. Heinz, Europäische Zukunft – Bundesstaat oder Staatengemeinschaft?, DÖV 23 (1994), S. 994 ff.

wert zurückbleibt hinter der Kompetenzausstattung manch anderer föderaler Gebilde.⁸

Den in dieser *föderalen* Konzeptualisierung unweigerlich mitschwingenden verfassungsgeschichtlichen Vergleichsfolien sei in der Folge die nötige Aufmerksamkeit gewidmet. Beschränkt ist dieser in die zeitlichen Tiefen des 19. Jahrhunderts gehende Längsschnitt dabei auf die Regierungsfunktionen in einem weiteren Sinne, also auf die Gesamtleitung des *bündischen* Gemeinwesens durch die Organe der Exekutive und der Legislative – wobei im Kontext *bündischer* Systeme des 19. und 20. Jahrhunderts diese exekutiven und legislativen Organe nicht notwendig als einheitliche Gewalten im Sinne einer unitarischen Exekutive und Legislative gedacht werden sollten, sondern umgekehrt gerade gekennzeichnet sind durch ihre komplexe *Verbundnatur* als zusammengesetzte Exekutiven und Legislativen, bestehend aus mehreren Einzelorganen, die sich die jeweilige Gesamtleitung teilen – nicht nur zwischen Exekutive und Legislative, sondern auch innerhalb dieser Gewalten. Ein Blick auf die institutionelle Organisation der Gesamtleitung des Gemeinwesens erfordert mithin einen detaillierten Blick auf die Zusammensetzung und Rolle der parlamentarischen Organe, aber auch auf die funktionale Arbeitsteilung der verschiedenen Organe exekutiver wie legislativer Natur, und damit die gesamthafte Gewaltenteilung in den bündischen Gefügen der Vergangenheit.

Nimmt man das gesamthafte System der Gewaltenteilung in den Blick, so liegt – auch als Reverenz vor dem *genius loci* des Tagungsortes – ein Seitenblick auf die Verfassung des Fürstentums Liechtenstein nahe.⁹ Diese gemischt monarchisch-demokratische Verfassung zeichnet sich durch eine weitgehend ungebrochene Kontinuität zu den älteren Verfassungsschichten des Konstitutionalismus des mittleren 19. Jahrhunderts aus – eine Kontinuität, die in dieser Form mehr oder weniger einmalig ist. Die Rolle des Fürsten ist – liest man den Verfassungstext genau – im Kern nicht aus der Volkssouveränität legitimiert, sondern (und dies entspricht voll den verfassungstheoretischen Konzeptionen des Konstitutionalismus des mittleren 19. Jahrhunderts) entspringt eigener

8 Vgl. Zum weiten Umfang der EU-Kompetenzen nur M. Nettesheim, in: A. v. Bogdandy/J. Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Aufl. 2009, S. 389 ff.

9 Vgl. Zur Verfassung des Fürstentums Liechtenstein nur G. Batliner, *Die liechtensteinische Verfassung 1921*, Vaduz 1994.

Legitimation, ist Ausfluss der (in diesem Konzept als parallel gedachten) «monarchischen Souveränität».¹⁰ Die liechtensteinische Verfassung weist insoweit einen doppelten Legitimationsstrang auf, der für den Semi-Parlamentarismus des 19. Jahrhunderts typisch war, der in dieser Form jedoch heute nahezu nicht mehr vorkommt.

2. Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts als Ausgangspunkt

Typisch für den Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts, der auf so ungewöhnliche Weise in der Verfassung Liechtensteins nachlebt, war der Prozess der nachholenden Parlamentarisierung.¹¹ Die monarchische Gewalt wurde als vorausliegend gedacht – was sie ja in einer realpolitischen Perspektive wie von der institutionellen Genealogie her auch war – und konnte insofern nicht als vom Parlament, in Repräsentation des Volkes, abgeleitet gedacht werden, sondern wurde als getrennte, eigenständig legitimierte Gewalt konzipiert.¹² Die parlamentarische Repräsentation des Volkssouveräns war insofern nicht – wie in den heutigen, mehr oder weniger unitarischen Demokratiekonzepten – der Ableitungskern aller Staatsgewalt, sondern stellte einen parallelen Legitimationsstrang dar.¹³ Über die parlamentarische Repräsentation nahm das Volk an der Regierungsgewalt teil, wenn auch nur in einer eher kontrollierenden denn leitenden Funktion. Das Parlament war primär Kontrollorgan, nicht Ursprung und Kern der Staatsleitung. Diese *konstitutionalistische* Perspektive prägt bis heute das Institutionensystem der USA – hier wurde nur der eigenlegitimierte Monarch ersetzt durch einen direkt demokratisch

10 Vgl. zum Verhältnis von parlamentarischer Regierung und monarchischer Gewalt C. Rossano, Parlamentarische Regierungsform und Demokratie in der Verfassung Liechtensteins, in: A. Carrino, Rechtsstaat und Demokratie in der Verfassung von Liechtenstein, Torino 2009, S. 71 ff.

11 Vgl. insoweit etwa C. Schönberger, Die überholte Parlamentarisierung: Einflussgewinn und fehlende Herrschaftsfähigkeit des Reichstags im sich demokratisierenden Kaiserreich, HZ 272 (2001), S. 623 ff.

12 Vgl. insoweit nur E. R. Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. 3, 2. Aufl. Stuttgart 1969, S. 654 ff.

13 Vgl. zur Verfassungstheorie des Konstitutionalismus E. R. Huber (o. Anm. 12), S. 11 ff., sowie jüngst A. Schlegelmilch, Die Alternative des monarchischen Konstitutionalismus, Bonn 2009, S. 57 ff.

legitimierten Präsidenten. Im Dualismus Präsident-Kongress aber ist die duale Legitimation der Staatsleitung, die für den Konstitutionalismus prägend war, bis heute aufgehoben und in einem ganz eigenen System der «checks and balances» fruchtbar gemacht.¹⁴ Das auf gesetzgeberische Partizipation zentrierte, dem Parlament eher kontrollierende denn im engen Sinne staatsleitende Funktionen zuschreibende System konkurrierender demokratischer Legitimationsstränge weist – darauf weist die neuere rechtsvergleichende Literatur zu Recht immer wieder hin – starke Struktur analogien zum komplexen Institutionensystem der EU auf, insbesondere was das Verhältnis von eher exekutiven Organen, also Kommission und Rat, auf der einen Seite, des Parlaments auf der anderen Seite betrifft.¹⁵

Häufig übersehen wird dagegen, dass auch eine starke Struktur analogie zur Stellung der parlamentarischen Repräsentationskörperschaft im semi-parlamentarischen System des deutschen Reiches unter der Bismarck-Verfassung von 1867 bzw. 1871 besteht.¹⁶ Auch der Reichstag war – wie der US-Kongress – ein auf demokratische Partizipation an Gesetzgebung und Haushalt zentriertes Kontrollorgan, aber kein Organ genuiner Staatsleitung im engeren Sinne, wie das House of Commons im Westminster-System. Es verkörperte geradezu idealtypisch die konstitutionalistische Vorstellung des doppelten Legitimationsstranges, bei dem die eigentlich exekutivische Funktion der Staatsleitung im engeren Sinne der monarchischen Gewalt anvertraut war, Mitsprache und Kontrolle in den Bereichen Gesetzgebung und Haushalt dagegen dem nach allgemeinem und gleichem Wahlrecht gewählten Reichstag.¹⁷ *Monarchische Gewalt* darf man sich in diesem Kontext wiederum nicht als unitarische Gewalt im Sinne einer einheitlichen, in einem Monarchen verkörperten

14 Vgl. hierzu aus vergleichender Perspektive S. Krislov / C.-D. Ehlermann / J. Weiler, *The Political Organs and the Decision-Making Process in the United States and the European Communities*, in: M. Cappelletti / M. Seccombe / J. Weiler (Hrsg.), *Integration Through Law*, Vol. 1 Book 2, Berlin 1985, S. 26 ff.

15 Vgl. insoweit v. a. P. Dann, *Parlamente im Exekutivföderalismus*, Berlin u. a. 2004, S. 15 ff., 294 ff., 380 ff.

16 Vgl. hierzu schon meine Überlegungen in S. Oeter, *Souveränität und Demokratie als Probleme in der «Verfassungsentwicklung» der Europäischen Union*, *ZaöRV* 55 (1995), S. 659, 680 ff.

17 Vgl. nur T. Nipperdey, *Deutsche Geschichte 1866–1918*, Bd. 2, München 1992, S. 48 und 797; ausserdem E. R. Huber (o. Anm. 12), S. 657.

Herrschergewalt vorstellen – die eigentliche Exekutivgewalt lag nach der Bismarck schen Verfassungskonstruktion nicht beim Kaiser als dem formellen Staatsoberhaupt, sondern bei den einzelstaatlichen Monarchen und Regierungen, föderal zusammengefasst als Machtzentrum im Bundesrat.¹⁸ Natürlich kennt die EU heute systematisch keine Dualität von monarchischer und demokratischer Legitimation mehr – Rat und Parlament sind im Kern beide demokratisch legitimiert, wenn auch in institutionell und organisatorisch ganz unterschiedlich strukturierten Strängen, das Parlament über gesamteuropäische Wahlen, der Rat über die nationalen Wahlen, die über die dort erzielten Regierungsmehrheiten über Zusammensetzung und Willensbildung des Rates entscheiden.¹⁹

Die Frage der demokratischen Legitimation der *Regierungsfunktion* im Kontext der Europäischen Union stellt sich vor der Vergleichsfolie des Deutschen Reiches damit ganz anders als im – leider überaus gängigen – Strukturvergleich der europäischen Institutionenverfassung mit nationalen Demokratieformen in der Traditionslinie des unitarischen Parlamentarismus à la Westminster.²⁰

Vergleichsebene der hier angestellten Betrachtung ist zunächst einmal eine historisch-genetische Perspektive – der evolutive Hintergrund der Rolle des Parlaments in der allmählichen Genese einer dual legitimierten *bündischen* Institutionenordnung. Nicht nur im Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts war die (damals im Kern noch monarchische) Staatsgewalt der Einzelstaaten als genetisch wie konzeptionell vorausliegend gedacht, sondern auch in der EU gilt bis heute in fast allen Versuchen einer Konzeptualisierung der EU als eines (mehr oder weniger föderal strukturierten) Verbundgemeinwesens das genetische Primat der (im Rat vereinigten) einzelstaatlichen Exekutiven.²¹ Dieses Primat lässt sich rein institutionengeschichtlich anschaulich demonstrieren – an der überaus stark exekutivischen Grundprägung der ersten institutionellen Arrangements von Montanunion und Europäischer Wirt-

18 Vgl. nur E. R. Huber (o. Anm. 12), S. 657 f.

19 Vgl. hierzu S. Oeter, Die Europäische Union zwischen organisierter Verantwortungslosigkeit und föderaler Konkordanzdemokratie, in: H. Brunkhorst (Hrsg.), Demokratie in der Weltgesellschaft, Baden-Baden 2009, S. 405, 410 ff.

20 Siehe als Kritik an diesen unreflektierten Vergleichsmustern S. Oeter (o. Anm. 19), S. 420 ff.

21 Vgl. nur U. Everling, Zur Stellung der Mitgliedstaaten der Europäischen Union als «Herren der Verträge», in: FS Bernhardt, 1995, S. 1161 ff.

schaftsgemeinschaft – und durchzieht auch die Entwicklung von der Parlamentarischen Versammlung hin zum Europäischen Parlament, mit den zentralen Schritten erst der Direktwahl und dann der nachholenden Kompetenzerweiterung, bis hin zum prinzipiell gleichberechtigten Gesetzgebungsorgan des Lissabon-Vertrages.²² Diese Geschichte ist – wie die des Parlamentes im Deutschen Reich – eine Geschichte *nachholender Parlamentarisierung*, und gibt dem Europäischen Parlament eine ganz besondere Rolle – eine Rolle, die häufig nicht zureichend verstanden wird und die deutlich abweicht von der Rolle der parlamentarischen Repräsentativkörperschaften in modernen Mehrheitsdemokratien.²³

3. Eigenheiten bündischer Konstruktionen

Das nur sehr knapp und schemenhaft skizzierte Bild der besonderen Konstruktion von *Staatsleitung in bündischen Verbundgemeinwesen* bedarf der Anreicherung im Blick auf die Eigenheiten *bündischer Konstruktionen* mit mehreren Parallelsträngen der Legitimation von Herrschaft.

Die Vereinigten Staaten von Amerika, der älteste heute noch existierende Fall eines föderalen *Verbundgemeinwesens* mit Wurzeln in der Verfassungstheorie der Aufklärung, stellt dabei einen Sonderfall dar, so etwas wie eine Konstruktion *sui generis*. Vielfach verkannt wird allerdings, in welchem Umfang auch die Vereinigten Staaten von Amerika des frühen und mittleren 19. Jahrhunderts noch Züge einer stark staatenbündisch geprägten Konstruktion trugen, die erst im Zuge des (von der Bundesregierung erfolgreich ausgefochtenen) Sezessionskriegs eine mehr und mehr in die Einzelstaaten hineinwirkende Bundesgewalt ausbildete – eine Bundesgewalt, die letztlich erst mit dem *New Deal* der Krisenphase der Zwischenkriegszeit und dann mit dem Zweiten Weltkrieg zu dem Machtpol geworden ist, als die sie sich heute darstellt.²⁴

22 Vgl. hierzu S. Oeter, Föderalismus und Demokratie, in: A. v. Bogdandy / J. Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Aufl. 2009, S. 73, 92 ff.

23 Vgl. P. Dann, *European Parliament and Executive Federalism*, *European Law Journal* 9 (2003), S. 549 ff.

24 Vgl. hierzu J. Yoo, *Crisis and Command: The History of Executive Power from George Washington to George W. Bush*, New York 2009, S. 257 ff., sowie D. McKay, *Designing Europe: Comparative Lessons from the Federal Experience*, Oxford 2001, S. 29 ff.

Ansonsten trugen die Verbundkonstruktionen der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts durchgängig eher staatenbündische denn bundesstaatliche Züge – wenn auch die Dichotomie von Staatenbund und Bundesstaat ein deutlich später entwickeltes theoretisches Konstrukt ist, das im Blick etwa auf den Deutschen Bund auch polemische Züge einer Denunziation dieser Konstruktion trug.²⁵ Den Details der Institutionenverfassung des Deutschen Bundes wird die Kategorisierung als *Staatenbund* nicht durchgängig gerecht, wie in der neueren Literatur aufgezeigt worden ist.²⁶ Manche institutionelle Arrangements des Deutschen Bundes, die für die Bundesorgane so etwas wie direkte Durchgriffsbefugnisse in den Binnenbereich der Mitgliedstaaten vorsahen, würden wir heute eher als *supranationale* Befugnisse denn als klassische Ausprägungen staatenbündischer Konstruktionen einstufen.²⁷

Gleichwohl lässt sich der im Kern staatenbündische Charakter des Deutschen Bundes nur schwer bestreiten, blickt man auf die Grundzüge der Institutionenordnung.²⁸ Zentrales Organ des Bundes war die Bundesversammlung, also die Versammlung der (diplomatischen) Vertreter der mitgliedstaatlichen Regierungen.²⁹ Zentrale Akteure der Willensbildung waren also nicht direkt gewählte Volksvertreter, sondern – wie heute noch im Kontext der internationalen Organisationen – Repräsentanten der Mitgliedstaaten bzw. deren Regierungen. Eine solche Versammlung übt letztlich nur abgeleitete Hoheitsgewalt aus – abgeleitet von den mitgliedstaatlichen Institutionensystemen, übertragen per Vertrag auf ein gemeinsames Organ, das aber über eine Zusammensetzung wiederum rückgebunden ist an den Willen der einzelnen Regierungen.

Eine im Ansatz ähnliche Regelung kannte die (heute durchgängig auch als rein staatenbündisch kategorisierte) Eidgenossenschaft der Jahr-

25 Siehe in diesem Sinne auch C. Schönberger, Die Europäische Union als Bund. zugleich ein Beitrag zur Verabschiedung des Staatenbund-Bundesstaat-Schemas, AöR 129 (2004), S. 81, 95 f.

26 Ebd., S. 98 ff.; vgl. ferner M. Burgess, *Federalism and European Union: The Building of Europe, 1950–2000*, London u. a. 2000, S. 41 ff.

27 Siehe hierzu C. Schönberger (o. Anm. 25), S. 89 ff.

28 Vgl. E. R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Bd. 1, 2. Aufl. Stuttgart 1967, S. 663 ff.

29 Vgl. E. R. Huber (o. Anm. 28), S. 588 ff.

zehnte nach 1815.³⁰ Zentrales Organ war hier die Tagsatzung – ebenfalls ein bündisches Organ aus Vertretern der kantonalen Staatsleitungen. Primäre staatliche Einheit waren in diesem Gefüge die Kantone; die Eidgenossenschaft stellte sich als ein reiner Zusammenschluss dieser Staaten dar mit nur abgeleiteter – und funktional sehr beschränkter – Befugnis gegenüber den Mitgliedstaaten.³¹

In der Schweiz gelang schon 1848, im Gefolge des Sonderbundkrieges, der Sprung zu einem stark verdichteten und im Kern als *bundesstaatlich* begriffenen Verbundgefüge mit einer eigenen Bundesgewalt, deren Herrschaftsbefugnisse nicht mehr als rein abgeleitet von den Kantonen konzipiert wurden, sondern deren Legitimation aus einem eigenständigen Strang direkter demokratischer Legitimation erwuchs.³² Mit der Bundesverfassung von 1848 kam es zur Wahl eines eigenen Bundesparlamentes, dessen eine Kammer, der Nationalrat, aus direkt gewählten Abgeordneten bestand, während die andere Kammer, der Ständerat, zunächst noch die kantonalen Parlamente repräsentierte. Erst in einer späteren Phase ging man dann zum amerikanischen Senatsmodell über, mit wiederum direkt gewählten Vertretern der Kantone.³³ Der Einfluss des amerikanischen Modells war bei dieser Neuschöpfung eines *genuinen* Bundesstaates evident – nur in den USA war vorgedacht und vorexerziert, wie man sich einen gemeinsamen, wenn auch in der föderalen Struktur dezentral organisierten Staat auf demokratischer Grundlage vorstellen könne.

Die etwas später erfolgte deutsche Entwicklung hin zu einem eigenen bündischen Gefüge eines Staatenverbundes setzte sich von dieser republikanischen Blaupause ab – musste sich davon absetzen, basierte sie doch auf dem Zusammenschluss konstitutioneller Monarchien mit nach wie vor im Kern monarchisch legitimierten Exekutiven. Zwar erfolgte auch hier der Sprung zu einem eigenständigen Strang demokratischer Legitimation: Mit dem (von Bismarck bewusst revolutionär konzipier-

30 Vgl. U. Im Hof, *Geschichte der Schweiz*, 4. Aufl. Stuttgart 1987, S. 100 ff.; vgl. auch das einschlägige Kapitel in A. Kölz, *Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte*, Bd. 1, Bern 1992.

31 U. Im Hof (o. Anm. 30), S. 100 ff.

32 Vgl. U. Im Hof (o. Anm. 30), S. 116 ff., ferner das Eingangskapitel in A. Kölz, *Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte*, Bd. 2, Bern 2004.

33 Vgl. hierzu M. Heger, *Deutscher Bundesrat und Schweizer Ständerat*, Berlin 1990.

ten) Bundesparlament aus in gleicher und geheimer Wahl gewählten Abgeordneten, dem Reichstag, der sich mit seinem Wahlmodus stark vom herrschenden Zensuswahlrecht der mitgliedstaatlichen Parlamente abhob, verfügte das Reich nun über eine direkt das gesamte deutsche Volk repräsentierende parlamentarische Vertretungskörperschaft.³⁴ Deren Stellung im Institutionengefüge gehorchte allerdings den Grundaxiomen des Konstitutionalismus – das Parlament sicherte die Beteiligung der bürgerlichen Gesellschaft an Gesetzgebung und Haushalt des Staates; die Regierungsgewalt war jedoch nicht durch das Parlament legitimiert, sondern leitete sich von der Gewalt des Monarchen ab.³⁵ Auf der Bundesebene wirkten diese monarchischen Exekutiven zusammen im Bundesrat, der – nach dem Vorbild der Bundesversammlung des Deutschen Bundes – als zentrales Beschlussorgan des Bundes konzipiert war, als – wenn man so will – die Exekutive oder Regierungsgewalt des Bundes.³⁶ Der Reichskanzler mit seinen Sekretariaten war ursprünglich nur als so etwas wie die Geschäftsstelle dieser *bündischen* Exekutive gedacht – wenn er sich in der Praxis auch sehr schnell von dieser beschränkten Rollenzuschreibung emanzipierte, während der Bundesrat der Rollenzuschreibung als eine Art gesamthänderischer Bundesexekutive nie wirklich gerecht geworden ist.³⁷

Zu sehen ist diese Anomalie der realen Institutionenordnung auf der Folie einer Besonderheit der Konstruktion des Deutschen Reiches. Im Kern war dessen bündische Konstruktion geprägt durch eine radikale Asymmetrie zwischen den Mitgliedstaaten, beruhend auf der politischen Dominanz Preussens im neuen Reich.³⁸ Mit Ausnahme der beiden grossen süddeutschen Staaten, die bei ihrem Beitritt 1871 mit einer Reihe von Sonderrechten bedacht worden waren, standen der Grossmacht Preussen, die zwei Drittel des deutschen Territoriums und der Bevölkerung umfasste, nur Klein- und Mittelstaaten gegenüber.³⁹ Angesichts dieser

34 Vgl. nur T. Nipperdey (o. Anm. 17), S. 766, 778 f., ferner im Detail zum Wahlmodus des Reichstages E.R. Huber (o. Anm. 28), S. 860 ff.

35 Vgl. E. R. Huber (o. Anm. 28), S. 820 ff., 879 ff. 898 ff.

36 Vgl. ebenfalls E. R. Huber (o. Anm. 28), S. 848 ff.

37 Vgl. E. R. Huber (o. Anm. 28), S. 852 f., 856 f., ferner T. Nipperdey (o. Anm. 17), S. 90.

38 Siehe E. R. Huber (o. Anm. 28), S. 798 ff.

39 Vgl. auch S. Oeter, *Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht*, Tübingen 1998, S. 42.

Asymmetrie konnte der Bundesrat keine wirkliche Funktion der Staatsleitung ausbilden, denn die zentralen Entscheidungen fielen im preussischen Kabinett, vielleicht noch ergänzt durch Konsultationen mit Bayern, Württemberg und einigen Mittelstaaten. Über die Personalunion mit der Funktion des preussischen Ministerpräsidenten dominierte der Reichskanzler völlig das *staatenbündische* Organ des Bundesrates.⁴⁰

Eine in mancher Hinsicht ähnliche Ausgangslage prägte auch die ursprüngliche Konstruktion der Montanunion und dann der EWG. Zwar gab es hier kein völlig aus dem Rahmen der Grössenverhältnisse fallendes Preussen, das das Machtgefüge von vornherein dominiert hätte. Von Anfang an aber spielte Frankreich – und im weiteren Verlauf, mit dem vor allem wirtschaftlichen Erstarken Deutschlands, das deutsch-französische Tandem – eine Sonderrolle als Motor, dann aber auch Bremser der weiteren Integration. Dominantes Organ im Institutionengefüge war nach der ursprünglichen Konstruktion klar der Ministerrat, als Kollegium der *verbündeten Regierungen*.⁴¹ Über den Rat, als dem zentralen Organ der Rechtsetzung, konnten die mitgliedstaatlichen Regierungen sich gemeinsam in den Formen exekutivischer Rechtsetzung⁴² Regeln geben, die nicht ganz zufällig im Deutschen als *Verordnung*, im Französischen als *décret* bezeichnet wurden – die Herkunft aus dem Formenschatz der exekutiven Rechtsetzung war unverkennbar.

Die Kommission war in dieser Konstruktion zunächst nur als eine Art unterstützendes technisches Organ konzipiert – zwar stellte sie deutlich mehr dar als das typische *Sekretariat* einer internationalen Organisation, als *Exekutive* im eigentlichen Sinn aber war sie nicht konzipiert. In ihr verkörperte sich das technokratische Element der supranationalen Bürokratie, letztlich so etwas wie eine supranationale Ministerialbürokratie, mit technischen Aufgaben im Bereich des Gesetzesvollzugs, aber natürlich auch bei der Vorbereitung (exekutivischer) Rechtsetzung.⁴³ Das Beschlussorgan, das funktional an die Stelle des nationa-

40 Vgl. E. R. Huber (o. Anm. 28), S. 825 ff.

41 Vgl. S. Oeter (o. Anm. 22), S. 108 ff.

42 Vgl. insoweit v. a. A. von Bogdandy, *Gubernative Rechtsetzung*, Tübingen 2000.

43 Vgl. zur traditionellen Rolle der Kommission mit ihrer Betonung des primär zum funktional-technokratischen Charakters des Organs G.-D. Majone, *The European Commission as Regulator*, in: G.-D. Majone (ed.), *Regulating Europe*, London 1996, S. 61.

len Kabinetts tritt, aber war nach der institutionellen Blaupause nicht die Kommission, sondern der Rat – wenn auch wiederum mit dem Gegengewicht des Initiativmonopols der Kommission, einem Arrangement, das auf nationaler Verfassungsebene keine wirklichen Parallelen hat. Nun hat sich die Kommission im weiteren Verlauf natürlich partiell von dieser Rollenzuschreibung emanzipiert, hat ein eigenes Profil entwickelt, das deutlich über das einer rein technokratisch-administrativen Bürokratie hinausgeht.⁴⁴ Die Kommission ist mittlerweile ein genuin politisches Organ, mit Funktionen und Kompetenzen, die jedenfalls deutlich in den politischen Bereich hineinragen. Das kann man schon für den eigentlich administrativen Bereich so sagen, wenn man etwa an die Eigenkompetenzen der Kommission im Vollzug der europäischen Wettbewerbspolitik denkt – die Beihilfenkontrolle und die damit eng verzahnten Fragen, wie weit eigentlich öffentliche Unternehmen der Daseinsvorsorge den gleichen Regeln wie private Unternehmen unterliegen, werfen eine Vielzahl im Kern auch zutiefst politischer Fragen auf.⁴⁵ Gleiches gilt erst recht für die Rolle der Kommission im Verfahren der Rechtsetzung – die Vorbereitung und Vorlage einer Verwaltungs- oder Richtlinieninitiative ist alles andere als rein vorbereitender Akt nur technisch-administrativer Natur, sondern stellt häufig einen komplizierten Drahtseilakt der *high politics* dar. Ähnliches liesse sich von den Eigenkompetenzen der Kommission im Bereich der Durchführungsrechtsakte sagen, deren Rückbindung an den Rat über die Verfahren der Komitologie schon mehr als deutlich zeigt, dass es sich hier nicht um harmlose Vollzugsakte handelt, sondern um politisch heikle Akte der Normsetzung.⁴⁶

44 Vgl. P. Dann, Die politischen Organe, in: A. v. Bogdandy/J. Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, S. 335, 363 ff.

45 Vgl. als Überblick über die Funktionen und Kompetenzen der Kommission nur R. Streinz, Europarecht, 8. Aufl. Heidelberg 2008, S. 116 ff.

46 Vgl. als kritische Stimmen zum Ausschusssystem insbes. J. H. H. Weiler, Epilogue «Comitology» as Revolution – Infranationalism, Constitutionalism and Democracy, in: C. Joerges/E. Vos (eds.), EU Committees, Oxford 1999, S. 339, 347 ff.; K. Lenaerts/A. Verhoeven, Towards a Legal Framework for Executive Rule-Making in the EU? The Contribution of the New Comitology Decision, Common Market Law Review 37 (2000), S. 645 ff.; C. Joerges/L. Falke (Hrsg.), Das Ausschusswesen der Europäischen Union, Baden-Baden 2000; G. Haibach, Komitologie nach Amsterdam – Die Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen im Rechtsvergleich, VerwArch 90 (1999), S. 98 ff.

Zugleich haben sich die Kräfteverhältnisse im Beziehungsfeld Ministerrat-Europäisches Parlament im Laufe der Jahrzehnte deutlich verschoben. War der Ministerrat in der ursprünglichen Konstruktion das zentrale Rechtsetzungsorgan, was in der Logik der rein exekutivischen Rechtsetzung eigentlich auch durchaus folgerichtig war, so hat sich dies in den gut fünfzig Jahren der europäischen Integration ganz massiv verschoben, hin zu einem offen politischen Prozess der demokratischen Normsetzung im Geflecht Kommission–Rat–Parlament. Mit dem Übergang zum Verfahren der Mitentscheidung ist das europäische Rechtssetzungsverfahren eigentlich kein klassisch exekutives Rechtssetzungsverfahren mehr, sondern ein auch zunehmend von öffentlicher Debatte begleitetes Verfahren repräsentativer Demokratie, in der die zwei ganz unterschiedlich demokratisch legitimierten Hauptorgane Rat und Parlament die ganz unterschiedlichen *stakeholder* abbilden und über Kompromissbildung ein auch nach aussen politisch verantwortetes Entscheidungsergebnis herstellen.⁴⁷ Mit guten Gründen hatte man sich im Entwurf des Verfassungsvertrages dafür entschieden, diese qualitative Veränderung auch terminologisch abzubilden, über die Bezeichnung der Normativakte als «Europäisches Gesetz» und «Europäisches Rahmengesetz» – denn um nichts anderes handelt es sich letztlich bei Verordnungen und Richtlinien⁴⁸. Dass diese terminologische Nachführung am Schluss den Bemühungen um semantische Abrüstung des neuen Vertrages zum Opfer gefallen ist, in der man alle Spurenelemente der Verfassungsrhetorik zu tilgen suchte, ist im Sinne der terminologischen Klarheit bedauerlich, ändert aber nichts daran, dass es sich bei den Normsetzungen von Rat und Parlament materiell um *Europäische Gesetze* handelt.⁴⁹

Mit der qualitativen Wandlung der Rollenteilung von Rat und Parlament aber hat sich das europäische Institutionensystem stark an die tradierten Muster historischer Föderalverfassungen angenähert. Als Ergebnis der *nachholenden Parlamentarisierung* im europäischen Institutionensystem haben wir heute ein institutionelles Arrangement, das auf eine frappierende Weise strukturelle Analogien zum institutionellen Ar-

47 Vgl. insoweit auch S. Oeter (o. Anm. 19), S. 410 ff.

48 Vgl. hierzu auch eingehend J. Bast, Handlungsformen und Rechtsschutz, in: A. v. Bogdandy / J. Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, S. 489, 495 ff.

49 Ebd., S. 544 ff.

rangement des Deutschen Reiches von 1871 bis 1918 aufweist.⁵⁰ Der Ministerrat der EU ähnelt in Zusammensetzung und Funktion stark dem Bundesrat der Bismarck-Verfassung – er repräsentiert die Ministerialbürokratien (und Vollzugsverwaltungen) der *verbündeten Regierung* und bündelt insofern die bürokratisch-administrativen Ressourcen der Mitgliedstaaten für eine Teilhabe am Prozess der Setzung gemeinsamer Normen.⁵¹ Das Europäische Parlament dagegen hat in Funktion und Kompetenzen heute eine starke Ähnlichkeit mit der Stellung des Reichstages unter der Bismarck-Verfassung.⁵² Das Reich war bekanntermassen keine parlamentarische Demokratie – der Reichstag hatte keinen direkten Einfluss auf die Regierungsbildung und das Regierungshandeln, denn der Kaiser allein ernannte den Reichskanzler und nur er konnte ihn auch wieder abberufen. Der Reichstag konnte dem Reichskanzler zwar sein Misstrauen aussprechen, konnte die Reichsregierung aber nicht wirklich stürzen. Zentrale Handlungsfelder des Reichstages waren vielmehr die Gesetzgebung und das Haushaltsrecht (ähnlich wie beim Europäischen Parlament).⁵³ Über die starke Stellung des Reichstages als Gesetzgebungsorgan war die Teilhabe der bürgerlichen Gesellschaft an der rechtsstaatlich zentralen Setzung formeller Gesetze gesichert, über das Haushaltsrecht bestand eine Kontrolle der Repräsentanten der Gesellschaft über die Verwendung der öffentlichen Mittel. Beide Repräsentativkörperschaften – EP wie Reichstag – stellen Verkörperungen des Modells eines stark auf Kontrolle der Exekutive zentrierten Parlaments dar, das keine direkte Teilhabe an der Regierungsgewalt hat.⁵⁴

4. Stellung der Kommission als Sonderproblem

Als sperrig erweist sich für derartige historische Analogien die Stellung und Funktion der Kommission. Die Kommission stellt eine Schöpfung *sui generis* dar, derer es praktisch völlig an historischen Vorbildern in der

50 Vgl. in diesem Sinne A. Böhmer, Die Europäische Union im Lichte der Reichsverfassung von 1871 – Vom dualistischen zum transnationalen Föderalismus, Berlin 1999, S. 35 ff., 125 ff., 144 ff., ferner S. Oeter (o. Anm. 16), S. 678 ff.

51 S. Oeter (o. Anm. 16), S. 680 f.

52 Ebda., S. 681 ff.

53 Vgl. E. R. Huber (o. Anm. 28), S. 912 ff., 955 ff.

54 Vgl. auch P. Dann (o. Anm. 15), S. 299 ff., 306 ff., 380 ff.

Verfassungsgeschichte ermangelt. Wenn überhaupt, dann liesse sich allenfalls eine zaghafte Parallele zum Direktorium der französischen (Nach-)Revolutionsverfassung kurz vor 1800 stellen, das funktionale Kopien erlebte etwa in der Verfassung der (napoleonischen) Helvetischen Republik.⁵⁵

Wenn sich insoweit Vorbilder in nationalen Institutionensystemen finden lassen, dann eher im Bereich der Sonderverwaltungen. In vielen Staaten gibt es eine Tradition der Auslagerung spezifischer Regierungs- und Verwaltungsfunktionen mit stark technokratischer Prägung in (mit technokratischer Expertise besetzte) Kollegialbehörden.⁵⁶ Das Arrangement der Kollegialbehörden hat eine lange Tradition in der frühneuzeitlichen Ämterverfassung, man denke an die Räte, Kammern und Konsistorien der frühneuzeitlichen Fürstenstaaten in Deutschland.⁵⁷ In Spezialbereichen hat es auch in modernen Staaten eine Renaissance erfahren, man denke für Deutschland etwa an die Bundesbank oder das Bundeskartellamt, in der Schweiz an die Unzahl kollegial entscheidender Kommissionen mit Verwaltungs- und Regulierungsfunktion – und ähnliche Phänomene finden sich auch in den meisten anderen Staaten Europas.

Diese Auslagerung exekutivischer Funktionen der Regulierung und des Verwaltungsvollzugs in eine (politisch bestellte) Kollegialbehörde erhält allerdings vor dem Hintergrund des bündischen Charakters des Gesamtsystems eine ganz eigene Note – geht es hier bei der starken Abstützung auf das Kollegialprinzip doch nicht nur um die Sicherung technokratischer Expertise, die Gewährleistung einer Pluralität von Perspektiven im Entscheidungsprozess und letztlich auch um eine gewisse Form von Gewaltenhemmung im Sinne der *checks and balances*, sondern – angesichts der kulturellen Heterogenität des Verbundes – auch um ein starkes Element der Sicherung kultureller Diversität.⁵⁸ Monokra-

55 Zum Direktorium der Helvetischen Republik vgl. H. Böning, *Der Traum von Freiheit und Gleichheit: Helvetische Revolution und Republik (1798–1803)*, Zürich 2001.

56 Vgl. nur M. Roller, *Weisungsfreie Ausschüsse in der Verwaltung und Ministerverantwortlichkeit*, Tübingen 1966.

57 Vgl. hierzu etwa D. Willoweit, *Allgemeine Merkmale der Verwaltungsorganisation in den Territorien*, in: K.G.A. Jeserich u. a. (Hrsg.), *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, Bd. 1, Stuttgart 1983, S. 289, 307 ff., 330 ff.

58 Vgl. in diesem Sinne auch schon S. Oeter (o. Anm. 19), S. 416 ff.

tische Organisations- und Entscheidungsstrukturen – wie im klassischen Regierungssystem des modernen Einheitsstaates – wären für ein kulturell extrem heterogenes Gebilde wie die Europäische Union letztlich wohl nur schwer zu ertragen.

Wenn man überhaupt nach einer Vergleichsfolie aus dem Schatz nationaler Institutionensysteme sucht, so liesse sich diese am besten an der strukturellen Ähnlichkeit zum Schweizer Bundesrat festmachen.⁵⁹ Auch der Schweizer Bundesrat, als das kollegiale Regierungsorgan der Eidgenossenschaft, ist eine exekutivische Kollegialbehörde, der in gewissem Umfang auch Funktionen der Repräsentation der Vielfalt an Sprachen und Kulturen im Regierungssystem zukommt, neben der Abbildung der parteipolitischen Heterogenität (im Kontext der sogenannten *Zauberformel*).⁶⁰ Selbst Elemente des Initiativmonopols kennt die Traditionslinie der kollegialen Regierungsbehörde in der Schweiz, denn das Regierungskollegium unter der Malmaison-Verfassung der napoleonischen Ära hatte auch schon einmal so etwas wie ein Initiativmonopol.⁶¹ Allerdings bedarf der Vergleich zwischen EU-Kommission und Schweizer Bundesrat der Relativierung. Handelt es sich im einen Fall (EU-Kommission) um ein Kollegium aus Vertrauensleuten der nationalen Regierungen, so ist im Schweizer Fall der Bundesrat doch eher dem Lager der durch parlamentarische Wahl legitimierten Regierungsorgane demokratischer Couleur zuzuordnen. Gleichwohl: Die wichtige Rolle in der Sicherung einer grundlegenden Repräsentation der so unterschiedlichen Teile des Bundes auf der Regierungsebene ist beiden Organen ge-

59 Zum Vergleich des EU-Institutionensystems mit dem konkordanzdemokratischen System der Schweiz vgl. P. Badura, *Bewahrung und Veränderung demokratischer und föderativer Verfassungsprinzipien der in Europa verbundenen Staaten*, ZSchwR NF 109 (1990), S. 115, 133, sowie Everling, *Zur konsensualen Willensbildung in der föderal verfassten Europäischen Union*, in: FS Badura, 2004, S. 1053, 1062.

60 Vgl. zur Konstruktion des Bundesrates als Kollegialorgan J.-F. Aubert, *Bundesstaatsrecht der Schweiz*, Bd. II, Basel u. a. 1995, Rdnr.1587 ff.; Y. Hangartner, *Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts*, Bd. I, Zürich 1980, S. 122 ff.; P. Saladin, *Probleme des Kollegialitätsprinzips*, Zs. f. Schweizerisches Recht 104 (1985), S.271 ff.; B. Ehrenzeller, *Kollegialität und politische Verantwortlichkeit im schweizerischen Konkordanzsystem*, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht 100 (1999), S. 145 ff.; vgl. ferner L. Mader, § 67: *Bundesrat und Bundesverwaltung*, in: D. Thürer /J.-F. Aubert /J. P. Müller (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz /Droit constitutionnel suisse*, Zürich 2001.

61 Vgl. den Beitrag von Ulrich Zelger in diesem Band.

meinsam, in der Schweiz gesichert durch einen (wenn auch im Detail flexiblen) Proporz aus Vertretern der Deutschschweiz und der Romandie, in der EU über den Grundmodus des einen Kommissars je Mitgliedstaat. Der verbissene Kampf um die Beibehaltung dieses Modus, der im Kontext der Beratungen um den Verfassungsvertrag und den Lissabon-Vertrag geführt wurde, ist anschauliches Beispiel der Bedeutung, die diesem Prinzip der Repräsentation kultureller Diversität beigemessen wird. Dass hier ein ganz entscheidender Unterschied zur Institutionenverfassung der Vereinigten Staaten von Amerika liegt, die – trotz erheblicher föderaler Unterschiede – doch von einer starken Grundhomogenität in sprachlich-kultureller Hinsicht geprägt sind und sich dementsprechend im Kontext des Präsidialsystems auch eine rein monokratisch organisierte Bundesexekutive leisten können, braucht hier nicht weiter ausgeführt zu werden.⁶²

Trotz dieser Betonung einer gewissen strukturellen Ähnlichkeit bleiben fundamentale Unterschiede bestehen, derer man sich auch bewusst sein sollte. Die EU-Kommission ist nicht *die* Exekutive des *bündischen* Systems der EU – im Gegensatz zum Bundesrat, der ohne Zweifel die Exekutive der Bundesebene im Schweizer Regierungssystem darstellt. Zwar verfügt die EU-Kommission ohne Zweifel über starke Elemente einer Exekutivgewalt – aber sie ist nicht der einzige Träger exekutivischer Funktionen, muss sich diese vielmehr mit dem Ministerrat (und nun auch noch dem Europäischen Rat) teilen. Im Blick auf das Regierungsmodell der Union lässt sich insofern letztlich eher von dem Modell einer *gesamthänderischen Regierungsgewalt* sprechen, die auf mehrere Organe aufgeteilt ist – und die enge Verzahnung und Verklammerung von Rat und Kommission im Kontext der Komitologie stellt nur ein besonders anschauliches Beispiel für diesen Befund dar.⁶³

62 Vgl. hierzu eingehend D. J. Elazar / I. Greilsammer, *Federal Democracy: The U.S.A. and Europe Compared – A Political Science Perspective*, in: M. Cappelletti / M. Seccombe / J. Weiler (Hrsg.), *Integration Through Law*, Vol.1 Book 1, Berlin 1986, S. 71 ff.

63 Vgl. hierzu etwa J. Blom-Hansen / G. J. Brandsma, *The EU Comitology System*, *Journal of Common Market Studies* 47 (2009), S. 719 ff.; C. F. Bergström, *Comitology: Delegation of Powers in the European Union and the Committee System*, Oxford 2005; A. Ballmann / D. Epstein / S. O. Halloran, *Delegation, Comitology, and the Separation of Powers in the European Union*, *International Organization* 56 (2002), S. 551 ff.; K. Lenaerts / A. Verhoeven, *Towards a Legal Framework for*

Die Rollenteilung der Einzelorgane im Blick auf das Modell der gesamthänderischen Regierungsgewalt ist dabei changierend über das Aufgabenspektrum hinweg, variiert je nach Funktionsbereich und Aufgabenfeld. Wo die EU kompetenziell hinter einem bundesstaatlichen Modell zurückbleibt und eher intergouvernemental agiert – oder der Entscheidungsmodus zumindest noch Züge der ursprünglich intergouvernementalen Arrangements trägt, etwa im Kontext der Restbestände an Einstimmigkeit im Entscheidungsverfahren – da liegt das Schwergewicht der exekutiven Funktionen eher beim Rat.⁶⁴ In den Kernbereichen der klassischen *Gemeinschaftsmethode* dagegen ist es die Kommission, die über den Grundbestand exekutiver Funktionen verfügt; der Rat agiert hier eher kontrollierend, als Sicherheitsventil für institutionelle Eigeninteressen einer Mehrheit der Mitgliedstaaten, denn als genuin politikgestaltendes Organ.

Besonders deutlich zu sehen ist die Skala der ganz unterschiedlichen Arrangements im Feld der gemeinsamen Aussenpolitik und der gemeinsamen Verteidigung. Im bundesstaatlichen Idealtypus sind Aussenpolitik und Verteidigung beim Bund vergemeinschaftet, die Gliedstaaten in diesen Bereichen idealiter völlig mediatisiert. Im gegenläufigen Idealtypus des Staatenbundes dagegen treffen wir üblicherweise auf den genau umgekehrten Befund: Aussenpolitik und Verteidigung bleiben hier üblicherweise in den Händen der Mitgliedstaaten, die weiter über die diplomatischen und militärischen Apparate verfügen und sich allenfalls in loser Form (und in rein intergouvernementalem Modus) freiwillig koordinieren. Soweit die idealtypischen Konstruktionen. Typisch für die Entwicklungsgeschichte *bündischer* Systeme ist allerdings eine Verlaufsgeschichte, deren Ausgangspunkt üblicherweise eine Hybridkonstruktion ist, die irgendwo zwischen den beiden Polen voller Vergemeinschaftung von Aussenpolitik und Verteidigung einerseits, völkerrechtlicher Zusammenarbeit zwischen aussenpolitisch und militärisch souveräner Staaten andererseits liegt. Bei den diplomatischen Apparaten

Executive Rule-Making in the EU?, *Common Market Law Review* 37 (2000), S. 645 ff.; J. Neyer, *Justifying Comitology: The Promise of Deliberation*, in: K. Neunreither / A. Wiener (Hrsg.), *European Integration after Amsterdam*, Oxford 2000, S. 112 ff.

64 Vgl. zur Rolle des Ministerrates im europäischen Exekutivföderalismus P. Dann (o. Anm. 15), S. 43 ff.

ist der Kompromiss schwierig – entweder der Bund wird zum Träger der auswärtigen Gewalt, die dann den (insoweit völkerrechtlich mediatisierten) Gliedstaaten fehlt, oder die Gliedstaaten behalten ihre auswärtige Gewalt (und die dafür erforderlichen Apparate) und kooperieren nur in letztlich völkerrechtlichem Modus. Zu sehen ist dies deutlich an den historischen Beispielfällen: Sowohl die amerikanische Bundesverfassung wie die im Gefolge des Sonderbundkrieges 1848 erzielte Schweizer Bundesverfassung zentralisierten sofort die auswärtige Gewalt, um so den diplomatischen Querelen zu entgehen, die die staatenbündischen Konstruktionen der Eidgenossenschaft (bis 1848) und die Confederation der ersten Jahre nach der Unabhängigkeit geplagt hatten.⁶⁵ Einzig das Deutsche Reich der Verfassung von 1871 hatte mit den Gesandtschaftsrechten der Länder und deren fortbestehender (partieller) Völkerrechtsfähigkeit Züge einer Kompromisskonstruktion – doch auch diese Kompromisskonstruktion beruhte im Grundprinzip auf einer aussenpolitischen Mediatisierung der Gliedstaaten und einer Zentralisierung der auswärtigen Gewalt.⁶⁶

Anders stellt sich der Befund im Blick auf die Arrangements der militärischen Verteidigung dar. Bündische Systeme basieren hier in ihren Frühstadien häufig auf einem Hybrid militärischer Zuständigkeiten der Bundes- wie der Gliedstaatsebene. So wurden im Deutschen Reich bis 1918 die militärischen Truppenteile im Prinzip nach wie vor von den Gliedstaaten aufgestellt und ausgerüstet (bis auf den Sonderfall der Marine, die von vornherein als Apparat des Reiches aufgebaut worden war). Organisation, Ausrüstung und auch das Militärrecht waren allerdings vereinheitlicht, und die Kommandogewalt lag selbst im Frieden, bis auf den bayerischen Sonderfall, beim Kaiser, als der monarchischen Spitze des Reiches.⁶⁷ In den USA und in der Schweizer Eidgenossenschaft haben sich bis heute Spuren der ursprünglich gliedstaatlich verankerten Milizstrukturen gehalten. In den USA bestand neben den gliedstaatlichen Milizen, die in Gestalt der Nationalgarde bis heute überdauert haben, von Anfang an eine professionelle Armee des Bundes, die jedoch

65 Vgl. zum amerikanischen Fall R. Schütze, *From Dual to Cooperative Federalism: The Changing Structure of European Law*, Oxford 2009, S. 108 ff.

66 Zur auswärtigen Gewalt im Deutschen Reich vgl. E. R. Huber (o. Anm. 28), S. 930 ff.

67 Vgl. nur E. R. Huber (o. Anm. 28), S. 992 ff.

angesichts der beschränkten Ressourcen der Bundesebene bis weit ins 19. Jahrhundert hinein von eher beschränkter militärischer Bedeutung war.⁶⁸ Erst der Bürgerkrieg der Jahre 1861–1866 hat hier dramatische Verschiebungen gebracht und den Bund zum zentralen militärischen Akteur aufrücken lassen. In der Schweiz bestand bis 1848 überhaupt keine militärische Struktur auf zentraler Ebene. Und selbst die nach dem Sonderbundskrieg 1848 geschaffene militärische Struktur des Bundes ruhte letztlich doch weiter auf den Milizstrukturen kantonaler Tradition auf, wenn auch diese Milizstrukturen zunehmend vereinheitlicht und unter weitgehende Kontrolle des Bundes gebracht wurden.⁶⁹

Das Beispiel zeigt: Formen *gesamthänderischer* Regierungsgewalt mit verteilten Rollen für eine Mehrzahl von Organen mit exekutivischen Funktionen sind alles andere als untypisch für «bündische» Gemeinwesen. Dass die meisten dieser Bünde im Verlaufe ihrer ein bis zwei Jahrhunderte umfassenden Entwicklungsgeschichte starke Schübe an Zentralisierung erlebt haben und heute meist über eine Bundesebene mit weit ausgedehnten Kompetenzen und starken Exekutivgewalten verfügen, besagt noch nicht, dass jedes bündische Gefüge unweigerlich in einem mehr oder weniger idealtypischen Bundesstaat aufgehen muss. Wollte man dies behaupten, so begäbe man sich auf stark spekulatives Terrain – historische Teleologien sind kaum wissenschaftlich zu gründen, sondern basieren in der Regel auf ideologisch geprägten Grundannahmen und Vorverständnissen.

5. Schlussfolgerungen

Das Fazit ist zunächst ernüchternd. Versucht man, die Eigenheiten der Europäischen Union im Blick auf die Vergleichsfolie historischer Formen *bündischer Gemeinwesen* zu analysieren, so zeigen sich zwar im Detail vielfältige Analogien und Parallelen. Das Gesamtgefüge der Europäischen Union aber ist, allen föderalen Analogien zum Trotz, letztlich doch einzigartig, stellt so etwas wie ein *monstro simile* dar. Doch

68 Vgl. D. J. Bederman, *The Classical Foundations of the American Constitution*, Cambridge 2008, S. 163 ff.

69 Vgl. etwa H. G. Sulzer, *Die Wehrverfassung der Schweiz*, Leipzig 1932.

simile zu was? Auf einer hohen Abstraktionsebene lässt sich diese Frage unschwer beantworten: Sicherlich weist das Gefüge der EU so starke Ähnlichkeiten zu historischen Formen föderaler Verbundstaatlichkeit auf, dass man auch die EU als ein *föderales Gebilde* bezeichnen kann. Doch damit allein ist wenig gewonnen. Welche Art föderaler Verbundstaatlichkeit stellt die EU denn nun wirklich dar? Sicher ist nur, dass sie weder dem theoretischen Idealtypus des Bundesstaates noch dem des Staatenbundes entspricht.⁷⁰ Das eine (Staatenbund) ist sie schon längst nicht mehr, das andere (Bundesstaat) bei weitem noch nicht – und ob sie es jemals werden soll, ist mehr als unsicher. Überhaupt fällt auf, dass Bewertungen am Massstab dieser – ja schon in ihrer historischen Entstehung stark mit politischen Programmatiken aufgeladenen – Kategorien der klassischen Staatslehre recht unfruchtbar sind.⁷¹ Das Beschwören der Nähe und Ferne zu diesen staatstheoretischen Idealtypen kaschiert meist eine untergründig wirkungsmächtige politische Programmatik – sowohl in der Kategorie des *Staatenverbundes*, mit der das Bundesverfassungsgericht die aus seiner Sicht primär staatenbündischen Züge der Unionskonstruktion herausstreichen wollte,⁷² wie in der Utopie des *unvollendeten Bundesstaates*, mit der die europäischen Föderalisten das *telos* einer *Bundesstaatswerdung* Europas immer wieder neu beschwören.⁷³ Beides sind politische Positionsbezüge, die die analytische Strukturde-

70 Vgl. auch M. Burgess (o. Anm. 26), S. 41 ff.; C. Schönberger (o. Anm. 25), S. 98 ff.

71 Siehe auch die kritischen Anmerkungen in C. Schönberger (o. Anm. 25), S. 81 ff.

72 Siehe als kritische Anmerkungen zum Lissabon-Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts P. Häberle, Das retrospektive Lissabon-Urteil als versteinerte Maastricht II-Entscheidung, JöR 58 (2010), S. 317 ff.; C. Callies, Nach dem Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, Zs. f. Gesetzgebung 25 (2010), S. 1 ff.; C. Schönberger, Die Europäische Union zwischen «Demokratiedefizit» und Bundesstaatsverbot, Der Staat 48 (2009), S. 535 ff.; J. Sack, Der «Staatenverbund» – das Europa der Vaterländer des Bundesverfassungsgerichts, ZeuS 12 (2009), S. 623 ff.; P.-C. Müller-Graff, Das Karlsruher Lissabon-Urteil: Bedingungen, Grenzen, Orakel und integrative Optionen, Integration 32 (2009), S. 331 ff.; M. Ruffert, Nach dem Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts: Zur Anatomie einer Debatte, Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften 7 (2009), S. 381 ff.; J. Terhechte, Souveränität, Dynamik und Integration – making up the rules as we go along?, EuZW 20 (2009), S. 724 ff.; D. Thym, Europäische Integration im Schatten souveräner Staatlichkeit, Der Staat 48 (2009), S. 559 ff.

73 Siehe etwa D. Thüser, Föderalistische Chance für Gesamteuropa, in: P. Barblan/A. Koller (Hrsg.), Die schweizerische Verfassungsgeschichte: Eine Quelle von Anregungen für die Zukunft Europas?, Lenzburg 2002, S. 74 ff.

batte über den europäischen Föderalismus mit starken Elementen politischer Programmatik aufladen. Die in diesen Kategorien und Begrifflichkeiten geführte Debatte über die Gestalt Europas enthält mithin notwendig ein starkes Element politischer Teleologie, um nicht zu sagen Eschatologie.

Analytisch bleibt somit nichts anderes, als zunächst entweder am *sui generis*-Charakter der EU festzuhalten, den man dann in der Folge mit Elementen einer Theorie des europäischen Föderalismus auflädt, oder einen – von den teleologischen Elementen der Staatenbund-Bundesstaat-Dichotomie gereinigten – neuen analytischen Oberbegriff zu nehmen, der sich wiederum mit Bausteinen und Strukturelementen einer Theorie des europäischen Föderalismus anreichern lässt (wie es etwa *Christoph Schönberger* mit seinem Begriff des Bundes unternimmt).⁷⁴ Eine vergleichende Analyse hilft bei dieser Entwicklung von Bausteinen und Strukturelementen einer Theorie des europäischen Föderalismus in vielfältiger Form – und zwar als vergleichende Analyse im Sinne der Verfassungsvergleichung, aber auch als historisch vergleichende Analyse im Blick auf die vielfältigen Formen *bündischer* Gemeinwesen föderaler Prägung. Dass sich aus derartigen historischen Vergleichen einiges lernen lässt, sollte dieser Text demonstriert haben.

Letztlich gemahnt uns jede Form einer solchen vergleichenden Perspektive immer wieder des Umstandes, dass die Europäische Union eine geniale Zwitterkonstruktion darstellt, die aus der vollen Breite des föderalen Formenschatzes schöpft und Elemente klassisch staatenbündischer Konstruktionen umstandslos mischt mit Bauelementen klassisch bundesstaatlicher Verfassungskonstruktionen. Dieser ungenierte Eklektizismus, der der europäischen Zwitterkonstruktion zugrunde liegt, gewährleistet eine hohe Flexibilität in der institutionellen Evolution – und gewährleistet letztlich eine radikale Entwicklungsoffenheit der europäischen Föderalkonstruktion. Es ist dieser Konstruktion eben gerade nicht eingeschrieben, bis an ihr Ende nur Staatenbund sein zu dürfen oder notwendig zum Bundesstaat werden zu müssen – in welche Richtung die föderale Struktur der Union sich entwickelt, ist nicht festgelegt, sondern bedarf der steten politischen Entscheidung. Wenn die europäischen Politiker (und die Völker Europas) sich einig sind, kann aus diesem Gebilde

74 Siehe C. Schönberger (Anm. 25), S. 81 ff.

ohne weiteres so etwas wie ein Bundesstaat werden. Es kann aber genauso gut sein, dass die hybride Konstruktion irgendwo in der Mitte der gleitenden Skala bündischer Vergemeinschaftung stehen bleibt, es auf längere Zeit weder ein sinnvolles Voranschreiten noch ein Zurück geben wird. Mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit lässt sich nur Eines sagen: Ein unitarischer Staat, im Sinne der Westminster-Tradition der parlamentarischen Mehrheitsregierung, wird diese Union so bald nicht werden – darf sie nicht werden. Wenn es ein zentrales Bauprinzip gibt, dessen Wahrung allen Beteiligten aufgegeben ist, so ist es die Achtung und Wahrung der kulturellen Vielfalt der Staaten und Völker Europas. «E pluribus unum» wird nie die Devise eines geeinten Europas sein können, dazu hängen die Völker Europas viel zu sehr an ihren ganz unterschiedlichen Kulturen, Sprachen, Traditionen. Die Europäische Union wird in dieser Perspektive immer ein föderales Gebilde der «unitas in pluralitate» sein müssen – oder sie wird nicht sein.

Rechtsetzung und Vollzug des Bundesrechts

*Giovanni Biaggini**

1. Einleitende Bemerkungen

Die «Emanzipation von der Dichotomie Bundesstaat–Staatenbund» bildet eine Art Leitmotiv der interdisziplinären Tagung am Liechtenstein-Institut zum allgemeinen Verfassungsrecht föderaler Ordnungen. Dieses Leitmotiv ist mir in zweifacher Hinsicht sehr sympathisch. Zum einen deshalb, weil ich (als Schweizer) aus einem Bundesstaat stamme, der noch heute, d. h. über 160 Jahre nach der Bundesstaatsgründung (1848), etliche staatenbündische Facetten zeigt. Beispiele dafür sind:

- der offizielle Name in den Landessprachen lateinischen Ursprungs (Confédération suisse, Confederazione svizzera, Confederaziun svizra),¹
- die in der Verfassung figurierende Charakterisierung der Kantone (Gliedstaaten) als «souverän» (Art. 3 BV),
- die bundesstaatliche Kompetenzordnung im Bereich der ordentlichen Einbürgerung (Art. 38 BV),²
- der Bundesfeiertag, welcher nüchtern betrachtet auf einen Tag fallen müsste, der mit der Schaffung der modernen bundesstaatlichen

* Der Verfasser dankt seinem Mitarbeiter lic. iur. Cem Arikan für die wertvolle Unterstützung bei der Vorbereitung und bei der Niederschrift des vorliegenden Beitrags.

1 Englisch liesse sich dies am ehesten mit «United States of Switzerland» adäquat übersetzen. – Auf Deutsch lautet der offizielle Name «Schweizerische Eidgenossenschaft». Die lateinische Bezeichnung «Confoederatio helvetica» (abgekürzt: CH) wurde erst etliche Jahre nach der Bundesstaatsgründung offiziell eingeführt.

2 Die ordentliche Einbürgerung erfolgt durch die Kantone; der Bund kann diesbezüglich nur «Mindestvorschriften» erlassen (Art. 38 Abs. 2 BV), die in erster Linie eine allzu leichtfertige Vergabe des Bürgerrechts durch die Kantone verhindern sollen. Sache des Bundes ist demgegenüber die Regelung des Bürgerrechtserwerbs (und -verlusts) durch Abstammung, Heirat und Adoption (Art. 38 Abs. 1 BV).

Schweiz im Jahr 1848 in Verbindung steht (z. B. 12. Herbstmonat)³ statt auf ein historisch nicht erhärtetes Datum, das für die mythisch überhöhten Urgründe der staatenbündischen Vergangenheit steht (1. August).⁴

Sogar den Begriff «Bundesstaat» sucht man in der schweizerischen Bundesverfassung von 1999 (wie schon in ihren Vorgängerinnen von 1848 und 1874) vergebens, dies im Unterschied etwa zum deutschen Grundgesetz oder zum österreichischen Bundes-Verfassungsgesetz.⁵

Zum anderen erscheint mir das Leitmotiv der Emanzipation deshalb sehr sympathisch, weil ich im vorliegenden Beitrag aus rechtswissenschaftlicher Sicht ein Thema behandle, in welchem die Dichotomie «Bundesstaat-Staatenbund» kaum weiterhilft, ja, die Dichotomie ist hier sogar eher hinderlich.

Wie der Begriff «Vollzug» im Titel andeutet, wird es hier nicht in erster Linie um jene Organe oder Gewalten gehen, die traditionell im Zentrum staatsrechtlicher Betrachtungen stehen (Parlament, Regierung, Justiz), sondern um die *Verwaltung* und die Verwaltungstätigkeit. Nicht das «hehre» (Bundes-)Staatsrecht mit seinen grossen Prinzipien (wie Gewaltenteilung, Rechtsstaatlichkeit usw.) steht dementsprechend im Vordergrund, sondern das eher prosaische, alltägliche Verwaltungsrecht. Der Fokus richtet sich nicht auf die «big decisions», sondern auf das meist unspektakuläre «daily business». Dass das Bundesrecht, um dessen Vollzug es im Folgenden geht, vor allem aus *Verwaltungsrecht* besteht, wird heute niemanden überraschen. Weniger gegenwärtig ist heute, dass es sich auch in der Europäischen Union ähnlich verhält, denn das Sekundärrecht, das die Mitgliedstaaten umzusetzen haben, ist seiner Natur

3 Am 12. Herbstmonat [=September] 1848 erging der Beschluss der Eidgenössischen Tagsatzung über die Annahme der ersten Bundesverfassung (welche besagtes Datum im Titel trägt).

4 So aber ausdrücklich Art. 110 Abs. 3 BV. Diese Verfassungsbestimmung geht auf eine am 26. September 1993 angenommene Volksinitiative zurück (Art. 116^{bis} aBV, in Kraft seit dem 1. Juli 1994). In der Botschaft des Bundesrates vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung (BB1 1997 I 1 ff., 322) wird der Bundesfeiertag als «Gedenktag zur Entstehung des Bundesstaates [sic!]» bezeichnet (eine unbenannte gebliebene Freud'sche Fehlleistung? oder bloss ein Übersetzungsfehler?).

5 Vgl. Art. 20 GG und Art. 2 B-VG.

nach in weiten Teilen Verwaltungsrecht. Es hat sich schon in den Gründungsjahren eingebürgert, die EWG (später EG, heute EU) als «Gemeinschaft des Rechts» oder «Rechtsgemeinschaft» zu bezeichnen.⁶ Der Sache nach ist die EU nicht zuletzt eine *Verwaltungsrechtsgemeinschaft*.

Im Folgenden wird zunächst in knapper Form auf einige Fragen der Rechtsetzung – hier (vereinfachend) verstanden als Erlass gesetzlicher Vorschriften – eingegangen (2.), sodann auf einige organisatorische Grundfragen des Vollzugs von Bundesrecht – hier (vereinfachend) verstanden als *verwaltungsmässige Umsetzung* der generell-abstrakten Vorgaben der Bundesgesetzgebung.⁷ Dabei werden jeweils summarische Hinweise auf Parallelen und Unterschiede zur Situation in der EU gegeben (3.). Einige Überlegungen zu den Wechselwirkungen zwischen Rechtsetzung und Verwaltungsvollzug und zur Frage der «Ungleichheitstoleranz» im Bundesstaat runden den Beitrag ab (4.).

Vorweg sei noch klargestellt: Wenn im Folgenden die Ähnlichkeiten zwischen der EU und einem Bundesstaat im Bereich des Verwaltungsvollzugs betont wird, so ist damit nicht gemeint, dass die EU ein (verkappter) Bundesstaat sei oder sich auf dem Weg dazu befinde. Die folgenden Ausführungen sollen vielmehr deutlich machen, dass es sinnvoll und ertragreich ist, die Vollzugsstrukturen in der EU und in Bundesstaaten vergleichend zu untersuchen. Die zahlreichen Parallelen sind im Übrigen nicht zufällig: Vergleichbare Problemstellungen legen ähnliche Lösungsansätze nahe. Eine vergleichende Analyse, so darf man hoffen, führt nicht nur zu einem besseren Verständnis der EU und der bedeutsamen verwaltungsmässigen Dimension des europäischen Integrationsprozesses, sondern auch zu einem besseren Verständnis der Probleme bundesstaatlicher Ordnungen.

6 Prägend Walter Hallstein, *Die EWG – eine Rechtsgemeinschaft*, 1962. Die Formel findet sich auch in der Rechtsprechung des EuGH (vgl. z. B. Rs. 2944/83, Slg. 1986, S. 1339 ff., 1365). Die Rede von der «Rechtsgemeinschaft» hat (neben vielen Vorzügen) auch den Nachteil, dass das Problem der Macht begrifflich aus dem Blickfeld zu verschwinden droht.

7 Neben der Rechtsanwendung im konkreten Einzelfall gehören zum Vollzug typischerweise auch der Erlass von Vorschriften untergeordneter Bedeutung (Vollzugsvorschriften) sowie die Bereitstellung der nötigen Sach- und Finanzmittel. – Zur schwierigen Abgrenzung zwischen Rechtsetzung und Rechtsanwendung (bzw. Vollzug) vgl. statt vieler René Rhinow, *Rechtsetzung und Methodik*, Basel/Stuttgart 1979.

2. Grundfragen der Rechtsetzung in föderalistischen Ordnungen

In Bundesstaaten, welche durch Zusammenschluss entstanden sind – wie die USA, die Schweiz oder Deutschland⁸ –, ist die Vereinheitlichung (oder doch zumindest Harmonisierung) wichtiger Rechtsbereiche typischerweise ein zentrales Anliegen. Dabei stehen die folgenden Fragen im Vordergrund:

- a) Nach welcher *Methode* erfolgt die *Begründung von Gesetzgebungskompetenzen* der Bundesebene? (Prinzip der Aufgabenaufteilung)
- b) Wie gestaltet sich die *konkrete Arbeitsteilung bei der Rechtsetzung*? (Kompetenzarten; Ausschöpfung der Bundeskompetenzen; verbleibender Spielraum der Gliedstaaten)
- c) Welche Möglichkeiten der *Einflussnahme* haben die Gliedstaaten im *Verfahren der Gesetzgebung* auf Bundesebene?

In der ebenfalls durch (weniger weitgehenden) Zusammenschluss entstandenen EU stehen dieselben Themen im Zentrum. Und es werden dabei im Wesentlichen dieselben Konzepte angewendet (was im Rahmen dieses Beitrags nicht vertieft werden kann).

- a) Deutliche Parallelen gibt es bei der Methode der Kompetenzverteilung. Diese beruht in Bundesstaaten wie in der EU typischerweise auf dem *Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung*: Die obere Ebene ist nur zur Gesetzgebung befugt, wenn und soweit die Verfassung bzw. das Primärrecht ihr eine Gesetzgebungsbefugnis zuweisen. In Bundesstaaten pflegt man dabei verschiedene Kompetenzkategorien zu unterscheiden (ausschliessliche, konkurrierende, parallele Kompetenzen usw.). Ähnlich verhält es sich in der EU. Es bereitet denn auch keine grosse Mühe, die Rechtsordnung der EU in eine allgemeine Theorie der Kompetenzen einzubeziehen.
- b) Ähnlichkeiten zwischen Bundesstaaten und der EU zeigen sich auch bei der konkreten Arbeitsteilung im Bereich der Rechtsetzung. Vielfach besitzen die Gliedstaaten im Bereich der Bundeskompetenzen über einen gewissen Handlungsspielraum, sei dies, weil die Kompetenz

⁸ Nicht eingegangen wird im Folgenden auf Bundesstaaten, welche aus (mehr oder weniger) einheitsstaatlich verfassten Staaten hervorgegangen sind.

des Bundes von vornherein als blosser Rahmen- oder Grundsatzkompetenz gefasst ist, sei dies, weil der Bund seine Gesetzgebungskompetenz nicht voll ausschöpft. Entsprechendes findet man in der EU: Die Europäische Gesetzgebung muss den Mitgliedstaaten vielfach Spielräume belassen, sei es, weil die EU nur über eine Harmonisierungskompetenz verfügt, sei es, weil die EU aus Gründen der Subsidiarität von einer umfassenden Regelung absehen muss.

c) Mit Blick auf das Gesetzgebungsverfahren (Bundesebene) zeigen die durch Zusammenschluss entstandenen Bundesstaaten recht grosse Unterschiede. Die gliedstaatliche Ebene ist zwar typischerweise in der einen oder anderen Weise an der Entstehung der Bundesgesetze beteiligt. Doch die Beteiligungsformen variieren stark. So haben in Deutschland die Länder-Exekutiven eine starke Stellung (Bundesrat). Im «Senatsmodell», wie es die USA und die Schweiz kennen, verfügen die gliedstaatlichen Exekutiven dagegen über vergleichsweise begrenzte Gestaltungsmöglichkeiten und Chancen der Einflussnahme.⁹ In der EU spielt mit dem Ministerrat ein stark von nationalen Interessen geprägtes Organ eine Schlüsselrolle im Gesetzgebungsprozess. Ein langjähriges Kennzeichen der EU war sodann das Fehlen eines einheitlichen Gesetzgebungsverfahrens (Nebeneinander verschiedener Verfahrenstypen, die je nach Materie zur Anwendung kommen). Der Vertrag von Lissabon hat hier eine gewisse Konzentration herbeigeführt (Verfahren der Mitentscheidung als ordentliches Gesetzgebungsverfahren; Art. 289 i. V. m. Art. 294 AEUV).

Man kann an dieser Stelle als Grobbefund festhalten: Je weiter man in der Abfolge dieser Grundfragen (a.-c.) voranschreitet, desto grösser sind die Unterschiede zwischen den verschiedenen Rechtsordnungen.

9 Vgl. z. B. Jörg Annaheim, Die Gliedstaaten im amerikanischen Bundesstaat: Institutionen und Prozesse gliedstaatlicher Interessenwahrung in den Vereinigten Staaten von Amerika, Diss. Basel 1990, insbes. S. 218 ff., S. 241 ff.; Pierre Tschannen, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3. Aufl., Bern 2011, S. 337 ff.

3. Grundfragen des verwaltungsmässigen Vollzugs übergeordneten Rechts

Angesichts dieses Befunds könnte man versucht sein anzunehmen, dass die Unterschiede grösser werden, wenn man im Prozess der Rechtsverwirklichung weiter voranschreitet und in den Bereich der konkreten Umsetzungs- und Anwendungsakte gelangt. Bei näherer Betrachtung zeigt sich, dass dies nicht der Fall ist. Vielmehr nehmen die Gemeinsamkeiten (wieder) zu, wenn man die Ebene des verwaltungsmässigen Vollzugs in den Blick nimmt.

Dies hängt mit den Grundfragen zusammen, die sich beim verwaltungsmässigen Vollzug der Gesetzgebung stellen. Wenn in einem bestimmten Regelungsbereich Bundesrecht (oder europäisches Sekundärrecht) einmal gesetzt ist,¹⁰ so gilt es typischerweise zu entscheiden:

- Wer vollzieht?
- Wie wird vollzogen? (Wie viel Spielraum soll den Vollzugsbehörden zustehen?)
- Wer kontrolliert (in welchen Verfahren und mit welchen Mitteln), ob ordnungsgemäss vollzogen wird?

3.1. Grundmodelle des Verwaltungsvollzugs

Für den Verwaltungsvollzug in föderalen Verfassungsordnungen stehen im Wesentlichen zwei Grundmodelle zur Verfügung:¹¹

- Der Vollzug des Bundesrechts kann einer Verwaltungsbehörde der Bundesebene zugewiesen sein. Man spricht von *zentralem* oder *direktem* Vollzug des Bundesrechts.¹²
- Der Vollzug des Bundesrechts kann den Verwaltungen der gliedstaatlichen Ebene zugewiesen sein: Man spricht von *dezentralem*

10 Und, soweit erforderlich, durch (mit-)gliedstaatliches Recht ergänzt wurde.

11 Eingehend dazu (rechtsvergleichend) Giovanni Biaggini, *Theorie und Praxis des Verwaltungsrechts im Bundesstaat*, Basel / Frankfurt a. M. 1996.

12 Wird dieses Grundmodell konsequent durchgeführt, so entsteht ein System getrennter Verwaltungssphären, in welchem die Gliedstaaten ihr eigenes Recht, der Bund sein eigenes Recht je mit eigenen Behörden vollziehen. Einem solchen dualen Trennmodell folgt man traditionellerweise in den USA (was nicht heisst, dass Berührungspunkte fehlen und keine Kooperationsbedürfnisse bestehen).

oder *indirektem* (mittelbare, delegiertem) Vollzug des Bundesrechts oder auch von «Vollzugsföderalismus».

Das Modell des dezentralen Vollzugs lässt ein auftragsartiges Verhältnis entstehen. Mit der Verwendung dieses Begriffs ist freilich Vorsicht geboten, denn in manchen Bundesstaaten ist die «Bundesauftragsverwaltung» eine feste staatsrechtliche Figur mit einem gewöhnlich eher engen Anwendungsbereich (vgl. z. B. Art. 85 GG), der nur einen Ausschnitt des hier interessierenden breiteren Phänomens umfasst.

Die beiden Grundmodelle lassen sich abwandeln und miteinander kombinieren. Letzteres geschieht traditionellerweise in den drei deutschsprachigen Bundesstaaten.

So bestimmt Art. 83 des deutschen Grundgesetzes:

«Die Länder führen die Bundesgesetze als eigene Angelegenheit aus, soweit dieses Grundgesetz nichts anderes bestimmt oder zulässt.»

Ähnlich ist die verfassungsrechtliche Ausgangslage in Österreich: Gemäss Art. 102 B-VG ist die mittelbare Bundesverwaltung, ausgeübt durch die Landeshauptleute und die ihnen unterstellten Landesbehörden, als Grundsatz vorgesehen. Die unmittelbare Bundesverwaltung durch eigene Bundesbehörden kommt nur in den durch die Verfassung festgelegten Bereichen zum Zuge. Die schweizerische Bundesverfassung (vom 18. April 1999) verfolgt einen ähnlichen Ansatz, belässt jedoch dem Bundesgesetzgeber einen gewissen Entscheidungs- und Gestaltungsspielraum:

«Art. 46 Umsetzung des Bundesrechts

¹ Die Kantone setzen das Bundesrecht nach Massgabe von Verfassung und Gesetz um. [...]»

Der mittelbare Vollzug wird im schweizerischen Bundesstaat gleichsam «unter Gesetzesvorbehalt» gestellt.¹³

Dieser offene Ansatz hat in der Schweiz Tradition. Bereits die Vorgängerverfassung von 1874 ging (ohne es ausdrücklich zu normieren) von diesem Grundmuster aus, das sich bis in die Zeit vor der Bundes-

13 Ähnlich in dieser Hinsicht Art. 14 der Weimarer Reichsverfassung.

staatsgründung (1848) zurückverfolgen lässt.¹⁴ Im zitierten Art. 46 Abs. 1 BV klingt eine Wahlfreiheit des Bundesgesetzgebers an. Diese wird freilich durch andere Verfassungsnormen relativiert, nicht zuletzt durch das seit dem 1. Januar 2008 ausdrücklich in der Verfassung normierte Subsidiaritätsprinzip (Art. 5a BV). Im Ergebnis wird das Bundesrecht in der Schweiz ganz überwiegend durch kantonale Verwaltungsbehörden umgesetzt und vollzogen.

Auch die EU kennt eine Mischung aus indirektem Vollzug und direktem Vollzug (Eigenvollzug),¹⁵ dies freilich in einer relativ starren Variante, denn der europäische Gesetzgeber verfügt in dieser Hinsicht über wenig Handlungsspielraum. Der verwaltungsmässige Vollzug von Sekundärrecht durch eine EU-Behörde (direkter Vollzug) kommt nur in Betracht, wenn und soweit das Primärrecht dies vorsieht. Dies ist eher selten der Fall.¹⁶ Die EU ist mit anderen Worten im Bereich des administrativen Vollzugs des eigenen Rechts stark von den Mitgliedstaaten – und der Qualität ihrer Verwaltungsbehörden – abhängig. (Ergänzend sei angemerkt, dass auch internationale Organisationen wie die UNO mitunter darauf angewiesen sind, dass Beschlüsse ihrer Organe, z. B. Sanktionsbeschlüsse des UN-Sicherheitsrates, durch die Mitgliedstaaten umgesetzt werden, rechtsatzmässig und / oder administrativ.¹⁷)

Warum aber orientiert man sich in der Schweiz und in Deutschland und auch in der EU vorrangig am Modell des indirekten Vollzugs? Ohne

14 Die Tagsatzung (als das aus Gesandten der Kantone bestehende Organ der Eidgenossenschaft) war auf die Kantone angewiesen, wenn es darum ging, die gefassten Beschlüsse umzusetzen. Vgl. Johann Caspar Bluntschli, *Geschichte des schweizerischen Bundesrechtes von den ersten ewigen Bünden bis auf die Gegenwart*, Band II, Urkundenbuch, 2. Aufl., Stuttgart 1875, S. 248.

15 Zum dezentralen Vollzug und zu strukturellen Veränderungen in jüngerer Zeit vgl. Jürgen Schwarze, *Europäisches Verwaltungsrecht*, 2. Aufl., Baden-Baden 2005, S. CI ff. und 25 ff.; Thomas von Danwitz, *Europäisches Verwaltungsrecht*, Berlin usw. 2008, S. 467 ff.; Gernot Sydow, *Verwaltungskooperation in der Europäischen Union*, Tübingen 2004, S. 70 ff., 126 ff.

16 Ein traditionsreiches Beispiel ist die Vollzugstätigkeit der Kommission im Bereich des Kartellrechts.

17 Zur Illustration vgl. das Urteil des schweizerischen Bundesgerichts i.S. Nada gegen Staatssekretariat für Wirtschaft sowie Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement (BGE 133 II 450) betreffend die Sicherheitsrats-Resolution 1267 (vom 15. Oktober 1999) gegenüber den Taliban und die Umsetzung im Rahmen der sog. Talibanverordnung (vom 2. Oktober 2000; SR 946.203).

hier näher auf Einzelheiten eingehen zu können, seien einige mögliche Erklärungen genannt und kurz erörtert.

Handelt es sich um das Ergebnis einer nüchternen Abwägung der Vor- und Nachteile? Dem Modell des indirekten Vollzugs wird attestiert,¹⁸

- dass der Vollzug bürgernäher sei und in Kenntnis örtlicher Gegebenheiten erfolgen könne, was die Akzeptanz der getroffenen Entscheidungen erhöhe;
- dass der Bund auf den zeit- und kostenintensiven Auf- und Ausbau eigener Verwaltungsstrukturen verzichten könne;
- dass man häufig an vorbestehende gliedstaatliche Verwaltungsstrukturen anknüpfen und deren Vollzugserfahrung fruchtbar machen könne; dies insbesondere in jenen Aufgabenbereichen, die nach ursprünglicher Kompetenz- bzw. Arbeitsaufteilung bei den Gliedstaaten angesiedelt waren und erst in einer späteren Phase der bundesstaatlichen Rechtsentwicklung vom Bund aufgegriffen werden;
- dass generell die Problemlösungs- und Lernfähigkeit des Gesamtsystems erhöht werde.

Wenn man sich die Liste der Vorzüge vor Augen führt, könnte man das Modell des «Vollzugsföderalismus» als eine geglückte Synthese der föderalistischer Staatsidee mit unitarischen Bedürfnissen (Rechtseinheit) bezeichnen – «gelebte Subsidiarität» gewissermassen.

Warum aber folgt man in den USA nicht dem «vollzugsföderalistischen», sondern dem dualen Modell (Trennung der Verwaltungssphären)? So bedeutsam die genannten Vorzüge sein mögen: Die Beliebtheit und weite Verbreitung des «vollzugsföderalistischen» Modells in Europa lässt sich nicht allein mit den genannten Vorzügen erklären. Es muss weitere Gründe geben.

Die Entscheidung für den indirekten Vollzug lässt sich auch als das Ergebnis eines machtpolitischen *Kompromisses* verstehen. In der Auseinandersetzung um die erste umfassende Verfassungsreform im schweizerischen Bundesstaat (Totalrevision 1872/74) formte sich die Devise heraus:¹⁹ «Die Gesetzgebung dem Bund, der Vollzug den Kantonen.»

18 Näher dazu Biaggini, *Theorie und Praxis* (Anm. 11), S. 4 (mit weiteren Hinweisen).

19 Vgl. Eduard His, *Geschichte des neuern schweizerischen Staatsrechts*, Band III, Basel 1938, S. 425 ff., 674, 767 f., 1175 ff.

Damit konnte ein doppeltes staatspolitisches Signal ausgesendet werden: einerseits in die Richtung der Befürworter der Rechtseinheit (mittels Ausweitung der Bundeskompetenzen), andererseits in die Richtung der Kantone (Beibehaltung von Aufgaben). Dieser staatspolitische Kompromiss kann auch als Versuch eingestuft werden, ein Element der vertikalen Gewaltenteilung (und damit der Machtkontrolle) in das föderalistische System einzubauen: Indem man den Kantonen die Vollzugskompetenz belässt, begrenzt man die Herrschaftsbefugnisse der Zentralgewalt (welche nur mittelbar über den Vollzug gebieten kann) und stärkt man zugleich die Idee des Föderalismus. Hier deutet sich an, dass hinter der Entscheidung für das Modell des indirekten Vollzugs auch (macht)politisches Kalkül stehen kann.

Dieser Aspekt wird noch deutlicher, wenn man sich vergegenwärtigt, dass der indirekte Vollzug eine durchaus beträchtliche finanzielle Last für die Gliedstaaten bedeuten kann, sofern – wie dies in der Schweiz der Fall ist – die Finanzierung der Vollzugstätigkeit (d. h. der damit betrauten kantonalen Verwaltungsbehörden) den Gliedstaaten bzw. ihren Steuerzahlern obliegt.²⁰ Andererseits kann der indirekte Vollzug aus gliedstaatlicher Sicht diesen Preis wert sein, denn:

- Im System des indirekten Vollzugs gibt es, jedenfalls dem Grundsatz nach, keine Bundesbeamten «vor Ort».²¹ Die gliedstaatliche Territorialhoheit bleibt insoweit bestmöglich gewahrt.
- Der indirekte Vollzug eröffnet den Gliedstaaten bzw. ihren Verwaltungsbehörden bedeutsame Einflussnahmemöglichkeiten in *bundesrechtlichen* Angelegenheiten, dies insbesondere dann, wenn der Vollzug, wie beispielsweise im Umweltschutzbereich, erhebliche Handlungsspielräume eröffnet.

20 Von dieser Regel gibt es Ausnahmen, so im Fall der sog. direkten Bundessteuer (für natürliche Personen: Einkommenssteuer des Bundes): Diese wird von den Kantonen veranlagt und eingezogen (indirekter Vollzug); die Kantone werden von Verfassungsrechts wegen dafür entschädigt: «Vom Rohertrag der Steuer fallen ihnen mindestens 17 Prozent zu.» (Art. 128 Abs. 4 BV).

21 Ausnahmen bestätigen die Regel. In der Schweiz gilt dies etwa für das mit der Kontrolle der Aussengrenze betraute Personal des (Bundes-)Grenzwachtkorps, das seit dem Beitritt der Schweiz zum «Schengen»-Raum nicht mehr nur an der Grenze operiert und daher vermehrt in «Konkurrenz» zu den kantonalen Polizeikorps tritt.

- Im System des indirekten Vollzugs ist die Bestellung der zuständigen Behörden (Personalentscheide) typischerweise Sache der Gliedstaaten.

Insgesamt bewirkt der gliedstaatliche Vollzug eine nicht zu unterschätzende faktische Begrenzung bundesstaatlicher Macht. Die Rechtsverwirklichung wird gleichsam «föderalistisch gebrochen». Der Schweizer Politologe Raimund Germann hat in diesem Zusammenhang von der «Zähmung des Bundes» im «konföderalen Verbundsystem» gesprochen (dies übrigens bereits im Jahr 1986, d. h. bevor Begriffe wie «Staatenverbund» oder «Verbundsystem» im EU-Kontext heimisch wurden).²² Der indirekte Vollzug «nagt» an der Souveränität des Bundes.

Nicht unterschätzen sollte man die «Kehrseite» der Medaille: Den Bürgerinnen und Bürgern tritt die gliedstaatliche Verwaltung gegenüber. Ihr wird das staatliche Handeln (und die Verantwortung dafür) in erster Linie zugeschrieben. Ob den Bürgerinnen und Bürgern immer klar ist, dass bzw. in welchem Ausmass das lokale Verwaltungshandeln durch Bundesrecht (Unionsrecht) veranlasst und bestimmt wird, ist fraglich. Die Entscheidung für den Modus des indirekten Vollzugs prägt die Wahrnehmung des Staates und das Bild der Verwaltung.²³ Die Wahl des Vollzugsmodus bleibt für bedeutsame Facetten moderner Staatlichkeit wie Akzeptanz oder Identitätsbildung nicht ohne Folgen.

3.2. Probleme der Rechtsverwirklichung im «vollzugsföderalistischen» Modell

Gerade weil das Modell des «Vollzugsföderalismus» sich ungebrochener Beliebtheit erfreut, dürfen die mittelbaren Folgen und mögliche Schattenseiten dieses Ansatzes nicht aus den Augen verloren werden. Häufig genannte (und durch historische Beispiele belegte) Problempunkte sind

22 Raimund E. Germann, Die Beziehungen zwischen Bund und Kantonen im Verwaltungsbereich, in: ders./Ernest Weibel (Hrsg.), Handbuch Politisches System der Schweiz, Band 3: Föderalismus, Bern/Stuttgart 1986, S. 343 ff., 360 f.

23 Vgl. Giovanni Biaggini, Grundverständnisse von «Staat» und «Verwaltung», in: Armin von Bogdandy/Sabino Cassese/Peter M. Huber (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum (IPE), Band III, Heidelberg 2010, § 53.

etwa mangelnde Transparenz, unklare Verantwortlichkeiten²⁴ und Reibungsverluste unterschiedlichster Art. Die grosse Sorge aber bildet die Gewährleistung eines *sachgerechten, ordnungsgemässen* und *gleichmässigen* Vollzugs. Die Erreichung dieser Zielsetzung ist bekanntlich im modernen Verwaltungsstaat generell schwierig (Stichwort «Vollzugskrise»). Unter den Bedingungen des indirekten Vollzugs gilt dies noch vermehrt.

Zu Recht wird gesagt: Eine Gesetzgebung «ist nur so einheitlich wie ihre Anwendung».²⁵ Wenn es nun aber in föderalen Ordnungen erfahrungsgemäss nicht einfach ist, einen einigermaßen einheitlichen Vollzug zu gewährleisten: Wozu soll man die Mühen der bundesstaatlichen Vereinheitlichung oder Harmonisierung der Gesetzgebung auf sich nehmen? Hinter der hier angesprochenen Sorge steht ein föderalismustypisches Grundproblem: Die Bundesebene (Gesetzgeber) und die mit dem Vollzug betraute gliedstaatliche Ebene (mit der verwaltungsmässig umsetzenden Verwaltung) stehen zwar in einem gewissen Über- und Unterordnungsverhältnis zueinander. Im «vollzugsföderalistischen» Modell der Verwaltungsrechtsverwirklichung sind die Einwirkungsmöglichkeiten des Bundes jedoch begrenzt. Es gibt keine straff hierarchische Beziehung, wie sie innerhalb von (Zentral-)Verwaltungen üblich ist.²⁶ Insoweit besteht ein grosser Unterschied zum Modus des direkten Verwaltungsvollzugs (Eigenvollzug) bzw. zum Verwaltungsvollzug in einem Einheitsstaat. Das herkömmliche Instrumentarium der hierarchischen Steuerung und Kontrolle steht beim indirekten Verwaltungsvollzug gewöhnlich nicht oder doch nur in reduziertem Masse zur Verfügung.²⁷ Vereinfacht ausgedrückt: Es greift nicht die Dienstaufsicht,

24 Ein Beispiel, das in jüngerer Zeit die Schweiz mehrfach bewegt hat, ist die Kontrolle jener Mitarbeiter kantonaler Nachrichtendienste, die im Auftrag des Bundes tätig sind (vgl. Art. 4 ff. des Bundesgesetzes vom 21. März 1997 über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit, BWIS).

25 So Jean-François Aubert, in: ders et al. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich/Basel/Bern 1987, Geschichtliche Einführung, Rz. 201.

26 Zur Bedeutung des Hierarchieprinzips vgl. Horst Dreier, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, Tübingen 1991; Pierre Moor, Droit administratif, Vol. III, Bern 1992, Ch. 1.2.1.

27 Vgl. Giovanni Biaggini, Die Entwicklung eines Internationalen Verwaltungsrechts als Aufgabe der Rechtswissenschaft, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL), Band 67, Berlin usw. 2008, S. 413 ff., 424 ff.; Thomas Gross Verantwortung und Effizienz in der Mehrebenenverwaltung, VVDStRL, Band 66, Berlin usw. 2007, S. 152 ff., 163 ff. (je mit weiteren Hinweisen).

sondern (bloss) die Bundesaufsicht. In der auf völkerrechtlicher Grundlage beruhenden EU sind die Steuerungs- und Kontrollmöglichkeiten noch weniger ausgeprägt.

Als weitere Schwierigkeit kommt hinzu, dass die vollziehenden gliedstaatlichen Verwaltungsorgane mitunter dazu neigen, das Bundesrecht im Lichte «eigener» Interessen auszulegen und anzuwenden. Dieses Problem verschärft sich noch, wenn es um Fragen geht, die für den intensiver gewordenen Standortwettbewerb zwischen Gliedstaaten relevant sind (z. B. Vollzug umwelt- oder steuerrechtlicher Vorschriften). Als Einfallstor für ungleichmässigen Vollzug erweisen sich insbesondere unbestimmt gefasste, offene Normen, die den Vollzugsbehörden einen weiten Anwendungsspielraum belassen. Dass diese Art von Schwierigkeiten nicht nur in Bundesstaaten auftritt, sondern auch in der EU-Rechtsordnung, bedarf keiner langen Erläuterung.

3.3. Methoden der «Einheitsstiftung» im Bereich des indirekten Vollzugs

Wie kann diesen Problemen begegnet werden? Ein Blick in die historische und in die aktuelle bundesstaatliche Praxis lässt mehrere Lösungsansätze zur Gewährleistung eines sachrichtigen, im angestrebten Ausmass gleichmässigen Verwaltungsvollzug erkennen (die typischerweise kumuliert zur Anwendung kommen). Im Vordergrund stehen:²⁸

- das Instrumentarium der Bundesaufsicht;
- das Rechtsschutzsystem;
- bestimmte Grundsätze des Allgemeinen Verwaltungsrechts (z. B. Grundsatz der Verhältnismässigkeit, Effizienzgebot), die gegebenenfalls verstärkt werden durch Grundrechte wie das Gleichbehandlungs- bzw. Nichtsdiskriminierungsgebot.

Der gemeinsame Nenner ist das Anliegen, den verwaltungsmässigen Vollzug nicht «sich selbst» zu überlassen, sondern der übergeordneten

28 Näher Biaggini, *Theorie und Praxis* (Anm. 11), S. 20, 134 ff., 191 ff., 235 ff. (mit weiteren Hinweisen). Zur Rolle des Effizienzgebotes und des Diskriminierungsverbotes beim indirekten Vollzug von EU-Recht vgl. Thomas Oppermann / Claus Dieter Classen / Martin Nettesheim, *Europarecht*, 4. Aufl., München 2009, § 13, Rz. 39 ff.

Ebene (Bund, EU) gewisse föderalismusverträgliche Einwirkungs- und Korrekturmöglichkeiten in die Hand zu geben. Eine wichtige flankierende Rolle spielen dabei gewisse allgemeine Vorgaben und Maximen, so beispielsweise eine (grosszügige) Bejahung der *unmittelbaren Anwendbarkeit* von Normen des Bundes bzw. der Union oder die Auslegungsmaxime der möglichst *bundesrechtskonformen* bzw. *europarechtskonformen Interpretation* des (mit)gliedstaatlichen Rechts.

In zeitlicher Hinsicht kann man das Instrumentarium unterteilen in Mittel, die ex ante einwirken, und Mittel, die ex post einwirken, sowie, gleichsam dazwischen liegend, in vollzugsbegleitende Instrumente der Einwirkung. Zur erstgenannten Kategorie gehören etwa:

- Einwirkungen auf die Vollzugstätigkeit in Gestalt von *generellen Weisungen* betreffend die Anwendung des Bundesrechts, welche die zuständige Bundesstelle an die Vollzugsinstanzen richtet. Diese Form der Einwirkung steht in Bundesstaaten nicht immer ohne weiteres zur Verfügung. Erst recht gilt dies für die EU.
- Einwirkungen auf die Vollzugstätigkeit in Gestalt von Vorgaben betreffend die *Behördenorganisation* (inkl. Personal) und das *Verwaltungsverfahren* auf der (mit)gliedstaatlichen Ebene. Solche Vorgaben können unterschiedlich dicht und intensiv sein. Auch diese Form der Einwirkung steht nicht ohne weiteres zur Verfügung.

In der Praxis werden solche Einwirkungsmöglichkeiten sehr unterschiedlich genutzt. Das Spektrum reicht vom *laisser faire* bis hin zur detaillierten Vorgabe. Mitunter lässt man es bei bundesrechtlichen Mindeststandards bewenden. Besonders problematisch (in Bundesstaaten wie in der EU) sind Einwirkungen auf die Behördenorganisation, zumal hier die – (verfassungs)rechtlich spezifisch geschützte – (mit)gliedstaatliche Organisationsautonomie auf dem Spiel steht.²⁹ Immerhin: Selbst in einer ausgeprägt föderalistischen Verfassungsordnung wie der schweizerischen sind mitunter massive Einschränkungen der Organisationsauto-

29 Für den schweizerischen Bundesstaat vgl. insb. Art. 46 und Art. 47 BV. – Zum europarechtlichen Prinzip der institutionellen Eigenständigkeit der Mitgliedstaaten vgl. Oppermann/Classen/Nettesheim (Anm. 28), § 13, Rz. 29 ff.

nomie möglich. Ein Beispiel dafür sind die – bundesrechtlich geregelten, aber in den Kantonen geführten – personenbezogenen Register (Einwohnerregister, Zivilstandsregister, Handelsregister). Wie die historische Erfahrung (jedenfalls in der Schweiz) zeigt, birgt ein ausgebauter Vollzugsföderalismus durchaus die Gefahr einer schleichenden Erosion der gliedstaatlichen Organisationsautonomie.

Für eine *begleitende Einwirkung* kommen beispielsweise folgende Instrumente in Betracht:

- Konsultationspflichten (wie etwa eine Verpflichtung für die gliedstaatlichen Vollzugsorgane, in bestimmten Fällen die zuständige Bundesstelle zu konsultieren);
- Genehmigungsvorbehalte.

Über die Zulässigkeit des Einsatzes solcher Instrumente entscheiden auch hier die jeweiligen verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen.

Für *Einwirkungen ex post* kommen verschiedene Aufsichts- und Kontrollinstrumente in Betracht. Diese Mittel bewegen sich typischerweise im Rahmen des Rechtsinstituts der *Bundesaufsicht*, sie können aber auch als Elemente des *Rechtsschutzsystems* ausgestaltet sein. Das Instrumentarium der Bundesaufsicht kann im Einzelnen, je nach Bundesstaat, recht unterschiedlich ausgestaltet sein. Besonders heikle Fragen stellen sich im Zusammenhang mit dem Einsatz förmlicher *Sanktionen*, die eine richtige (ordnungsgemässe, gleichmässige, einheitliche) Anwendung des Bundesrechts erzwingen wollen. Erst recht gilt dies in der EU. Einwirkungen ex post werden gewöhnlich als weniger gravierend empfunden, wenn die Feststellung der mangelhaften Umsetzung (und damit einer Pflichtverletzung) und die entsprechende «Sanktionierung» (z. B. Aufhebung eines gliedstaatlichen Vollzugsaktes) durch eine unabhängige richterliche Instanz erfolgt.

Eine interessante «Kombination» kennt das schweizerische Rechtsmittelsystem: Im Bereich des Bundesrechtsvollzugs durch die Kantone ist gewöhnlich das Institut der sog. Behördenbeschwerde vorgesehen. Das Institut der Behördenbeschwerde ermöglicht es der im fraglichen Regelungsbereich für die Aufsicht zuständigen Bundesstelle – typischerweise ein Departement (Ministerium), allenfalls eine nachgeordnete Stelle (z. B. Bundesamt) – Einzelakte kantonaler Verwaltungsbe-

hörden, die in Vollziehung von Bundesrecht ergehen, vor dem zuständigen kantonalen Verwaltungsgericht anzufechten und, erforderlichenfalls, den Instanzenzug bis zum Bundesgericht zu durchlaufen.³⁰ Das Institut der Behördenbeschwerde vereinigt die Aufsichtsfunktion mit einer neutralen richterlichen Kontrolle des Bundesrechtsvollzugs. Das System der Verwaltungsgerichtsbarkeit (Individualrechtsschutzsystem) wird auf diese unspektakuläre, alltagsorientierte, aber durchaus wirksame Weise in den Dienst der Bundesaufsicht gestellt.

Bei einem Vergleich des EU-Justizsystems mit bundesstaatlichen Justizsystemen fällt auf, dass es keinen Instanzenzug herkömmlicher Art gibt, der von den obersten nationalen Gerichten zu einer Gerichtsstanz der EU führt. Zur Verfügung steht nur das Vorabentscheidungsverfahren (Art. 267 AEUV). Dieses ist stark norm(konflikt)orientiert. Das konkrete Vollzugshandeln steht nicht im Vordergrund. Für Zwecke der «Unionsaufsicht» kann sodann im Prinzip auch das Vertragsverletzungsverfahren genutzt werden (Art. 258 AEUV). Dieses Verfahren ist freilich eher schwerfällig und aufwendig und für Zwecke der Gewährleistung eines unionsweit gleichmässigen Verwaltungsvollzugs in den Mitgliedstaaten wenig geeignet. Insgesamt lässt sich somit auch in der EU eine gewisse Indienstnahme des Rechtsschutzsystems für Aufsichtszwecke konstatieren. Die Instrumentalisierung ist aber weniger ausgeprägt als in Bundesstaaten. Zudem trägt die aktuelle Ausgestaltung des EU-Rechtsmittelsystems den besonderen Bedürfnissen des Verwaltungsvollzugs kaum Rechnung. Angesichts der wachsenden Bedeutung des administrativen Vollzugs von Unionsrecht durch mitgliedstaatliche Verwaltungsbehörden stellt sich die Frage, ob nicht über kurz oder lang Anpassungen am Justizsystem nötig sind, um die unionsweit gleichmässige Anwendung des europäischen (Verwaltungs-)Rechts besser gewährleisten zu können. Die Frage hat eine gewisse Dringlichkeit. Denn je

30 Art. 89 Abs. 2 des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) vom 17. Juni 2005 lautet: «Zur Beschwerde sind ferner berechtigt: a. die Bundeskanzlei, die Departemente des Bundes oder, soweit das Bundesrecht es vorsieht, die ihnen unterstellten Dienststellen, wenn der angefochtene Akt die Bundesgesetzgebung in ihrem Aufgabenbereich verletzen kann; [...]» Art. 111 Abs. 2 BGG stellt die Beschwerdeführungsmöglichkeit auf kantonaler Ebene sicher: «Bundesbehörden, die zur Beschwerde an das Bundesgericht berechtigt sind, können die Rechtsmittel des kantonalen Rechts ergreifen und sich vor jeder kantonalen Instanz am Verfahren beteiligen, wenn sie dies beantragen.»

grösser die Schwierigkeiten bei der Gewährleistung eines gleichmässigen Verwaltungsvollzugs sind, desto stärker wird der Druck in Richtung einer europäischen Zentralisierung nicht nur von Gesetzgebungskompetenzen, sondern auch des entsprechenden Vollzugs. Die zunehmende Tendenz zur Schaffung von Vollzugsinstanzen auf europäischer Ebene («*agencyfication*») könnte Vorbote einer solchen Entwicklung sein.

4. Zur bundesstaatlichen «Ungleichheitstoleranz» und zur Aufgabe der Rechtsetzung

Die vorstehenden Überlegungen haben deutlich gemacht, dass die traditionelle vollzugsföderalistische Devise (vgl. vorne 3.1.) besser wie folgt formuliert werden sollte: «Die Gesetzgebung *und eine angemessene Aufsicht* dem Bund, der Vollzug den Gliedstaaten.» Der Blick in die Praxis des Bundesrechtsvollzugs zeigt im Weiteren, dass in Bundesstaaten wie Deutschland, Österreich oder der Schweiz das vollzugsföderalistische Modell (indirekter Vollzug) nicht rein verwirklicht ist. Auch das Modell des direkten Vollzugs kommt zur Anwendung.

Insgesamt prägen mannigfache Verflechtungen das Bild. Man kann dabei unterscheiden zwischen

- Verflechtungen ersten Grades im Bereich der Rechtsetzung (vgl. vorne Ziffer 2.); und
- Verflechtungen zweiten Grades im Zusammenhang mit dem Vollzug des gesetzten Rechts, bedingt durch das System des Vollzugsföderalismus mit seinen Implikationen im Bereich der Einwirkungen bzw. der Aufsicht (vgl. vorne Ziffer 3.).

In der EU verhalten sich die Dinge ähnlich. Vergleichbare Vollzugsstrukturen führen zu strukturell vergleichbaren Fragestellungen (und Lösungsansätzen). Wie soll die richtige und gleichmässige administrative Rechtsverwirklichung gewährleistet werden? Was soll bzw. darf die von der oberen Ebene geübte Aufsicht? Wann darf, wann soll sie intervenieren?

Man sollte aber auch, in etwas veränderter Perspektive, fragen: Wie viel Aufwand will man (soll man) betreiben, um eine gleichmässige Anwendung des Bundesrechts zu erreichen? Wie viel Ungleichheit darf man (soll man) akzeptieren? Wie viel Ungleichheit impliziert das Sys-

tem? Und wie viel Ungleichheit erträgt es? Zusammenfassen könnte man diese Kategorie von Fragestellungen als Frage nach der «Ungleichheitstoleranz» einer gegebenen Verfassungsordnung – der schweizerischen, der deutschen, der österreichischen, der europäischen usw.

In der Schweiz ist die «Ungleichheitstoleranz» vergleichsweise gross – historisch und aktuell. Zwar kann die Aufregung erheblich sein, wenn Fälle unterschiedlichen Bundesrechtsvollzugs bekannt werden, so etwa wenn publik wird, dass die Fahrer von Starrlauf-Fahrrädern (sog. «Fixies») in manchen Kantonen wegen Verstosses gegen die eidgenössische Strassenverkehrsgesetzgebung mit erheblichen Bussen belegt werden (wobei auch die Beschlagnahme des Vehikels droht), während man die einschlägigen Normen in anderen Kantonen grosszügiger auslegt und keine Bussen verhängt.³¹ Insgesamt aber scheint man sich in der Schweiz relativ leicht mit differierenden kantonalen Standards abfinden bzw. arrangieren zu können. Auch die traditionell sehr zurückhaltende Praxis der Bundesaufsicht³² zeugt von einer vergleichsweise hohen «Ungleichheitstoleranz».

Weit geringer dürfte die «Ungleichheitstoleranz» in einer föderalen Verfassungsordnung sein, in welcher die «Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet»³³ als Leitvorstellung dient. Wie steht es diesbezüglich bei der EU, welche gleichfalls auf das vollzugsförderalistische Modell der Verwirklichung des europäischen Verwaltungsrechts setzt?

Das Problem der Ungleichheit und die Frage der «Ungleichheitstoleranz» sollte nicht nur die mit der Anwendung des Rechts betrauten Instanzen beschäftigen (Vollzugsbehörden, Aufsichtsbehörden, Gerichte), sondern vermehrt auch den Gesetzgeber. Ein gleichmässiger Vollzug

31 Die Verordnung des Bundesrates vom 19. Juni 1995 über die technischen Anforderungen an Strassenfahrzeuge (VTS) verlangt in Art. 214 Abs. 2, dass Fahrräder «mit zwei kräftigen Bremsen versehen sein [müssen], von denen die eine auf das Vorder- und die andere auf das Hinterrad wirkt». – Zur unterschiedlichen Praxis in den Kantonen vgl. den Bericht in: Tages-Anzeiger vom 15. September 2009, S. 3.

32 Vgl. Giovanni Biaggini, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft. Kommentar, Zürich 2007, N. 15 ff. zu Art. 49.

33 Art. 72 Abs. 2 GG (für den Bereich der konkurrierenden Bundeskompetenzen). In der bis 1994 geltenden Fassung war von der «Wahrung der Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse» die Rede.

stellt sich nicht von alleine ein. Die Gewährleistung einer bundesweit oder unionsweit einheitlichen Anwendung des Bundesrechts bzw. des EU-Rechts ist mit einem nicht geringen Aufwand verbunden. Vor diesem Hintergrund fragt es sich: Welches Mass an Gleichheit im Vollzug ist anzustreben? Welches Mass an Ungleichheit ist man zu tolerieren bereit? Wie viel Aufwand soll man zur Erreichung einer einheitlichen Rechtsanwendung treiben? Mit welchen Konsequenzen und welchen Nebenwirkungen ist dies verbunden (z. B. auf die Wahrnehmung des Staates und der Verwaltung durch die Bürgerinnen und Bürger)?

In einer auf den Vollzugsföderalismus setzenden Rechtsordnung sollte sich – gerade auch – der (Bundes- bzw. Unions-)Gesetzgeber diesen Fragen stellen. Leider geschieht dies in der Gesetzgebungspraxis nicht immer mit der nötigen Vertiefung.³⁴ Dementsprechend fehlt es häufig an klaren gesetzgeberischen Signalen an die mit dem Vollzug befassten Stellen. In dieser Hinsicht sollte der Gesetzgeber seiner Regellungsverantwortung künftig besser gerecht werden.

³⁴ Auch die Errichtung geeigneter sachgebietsspezifischer Aufsichtsstrukturen scheint nicht immer die nötige Aufmerksamkeit zu finden.

Repräsentation von Kleinstaaten: Deutscher Bund, Paulskirche, Mediatisierung

Peter Geiger

Wir befassen uns in diesem letzten Tagungsreferat noch mit den Kleinsten der Kleinstaaten, und dies vorab am Beispiel Liechtensteins im Deutschen Bund und in den Paulskirche-Debatten 1848/49, wo im Hinblick auf die Reichsverfassung über den künftigen Status der kleinen Staaten und insbesondere auch über deren Mediatisierung diskutiert und abgestimmt wurde.

Repräsentation eines Staates in einer verfassten Ordnung bedeutet, dasjenige durch Vertretung sichtbar und wirksam werden zu lassen, was dieser Staat ist oder was man ihm zubilligt. Zwei Grundprobleme werden gerade am Beispiel jener Staaten deutlich, die in jeder Hinsicht viel zu klein sind, um proportional repräsentiert zu werden. Sie sind überall massiv überrepräsentiert – so man sie denn berücksichtigt. Oder man berücksichtigt sie nicht auf der obersten Ebene der relativen Gleichheit, sondern stuft sie herab auf eine unselbständige föderalistische Zwischenebene. Oder man schliesst sie gleich grösseren Einheiten an, was ihr eigenstaatliches Ende bedeutet.

Im Unterschied zu Hunderten von kleinen deutschen Staaten ist das Fürstentum Liechtenstein oben geblieben, seit 1990 ist es Mitglied der Vereinten Nationen. Vor 200 Jahren war es vorab die Nähe des Fürsten und österreichischen Generals Johann I. von Liechtenstein zum österreichischen Kaiser in Wien sowie zu Napoleon, die Liechtenstein überleben und den Weg über den Wiener Kongress in den Deutschen Bund finden liess.

I. Deutscher Bund

Betrachten wir zuerst den Deutschen Bund und hier die Repräsentation der kleinen Staaten am Beispiel der 16. Kurie. Der am Wiener Kongress

gegründete Deutsche Bund bestand aus 38 deutschen Einzelstaaten sehr unterschiedlicher Gestalt, vom Kaiserreich Österreich über das Königreich Preussen, weitere Königreiche, Herzogtümer, Fürstentümer bis zu vier Freien Städten. Österreich und Preussen gehörten nicht mit allen Territorien dem Deutschen Bund an. Die beiden Grossen rivalisierten um die Vormacht, die Mittleren suchten ihren Einfluss zu vergrössern, und die Kleinsten wurden umworben, um sie zu gewinnen.

Der Bund definierte sich wie folgt: Er war «ein völkerrechtlicher Verein der deutschen souveränen Fürsten und Freien Städte»; garantiert war die «Unverletzbarkeit ihrer Staaten»; ein Ziel war die «Erhaltung der inneren und äusseren Sicherheit Deutschlands»; die einzelnen Staaten hatten «gleiche Vertrags-Rechte und Vertrags-Obliegenheiten»; im Innern bildeten sie «eine Gemeinschaft selbständiger, unter sich unabhängiger Staaten», nach aussen «eine in politischer Einheit verbundene Gesamt-Macht» (so Art. I u. II der Wiener Schlussakte 1820).¹

Sitz des Bundes war Frankfurt am Main, das Palais Thurn und Taxis beherbergte die Bundesversammlung. Sie war das einzige Organ, beratend, beschliessend, ausführend. Die Bundesversammlung war eine Gesandtenversammlung. Sie tagte als Engerer Rat, in welchem die 38 Staaten sich 17 Stimmen teilten, nämlich die grössten elf mit je einer Stimme, die andern 27 zu weiteren sechs Kuriestimmen zusammengesetzt. In der Bundesversammlung als Plenum gab es 69 Stimmen, davon hielten die Grossen je maximal vier, die kleineren immerhin je eine Stimme, so etwa auch Sachsen-Weimar, Liechtenstein, Anhalt-Köthen oder Hamburg.

Die 16. Kurie bestand aus acht, später neun kleinen Staaten, nämlich den Fürstentümern Hohenzollern-Hechingen, Hohenzollern-Sigmaringen, Liechtenstein, Reuss älterer Linie (Greiz), Reuss jüngerer Linie (Gera), Lippe (Detmold), Schaumburg-Lippe (Bückeburg), Waldeck

1 Wiener Schlussakte Schluss-Acte der über Ausbildung und Befestigung des Deutschen Bundes zu Wien gehaltenen Ministerial-Conferenzen vom 15. Mai 1820, in: www.verfassungen.de/de/de06-66/schlussakte20; ebenso in: Ernst Rudolf Huber (Hrsg.), *Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte*, Bd. 1, dritte neubearbeitete und vermehrte Aufl., Stuttgart 1978, S. 91–100. – Deutsche Bundesakte vom 8. Juni 1815, in: www.verfassungen.de/de/de06-66/bundesakte15-i, ebenso in: Huber, *Dokumente*, Bd. 1, S. 84–90. – Quaderer, *Geschichte*, in: JBL 69, Vaduz 1969, S. 201–223.

sowie der Landgrafschaft Hessen-Homburg.² Gemeinsam hatten sie mit ihrer Kuriatstimme eine von 17 Stimmen in der engeren Bundesversammlung. Vergleicht man nach Grösse an Einwohnern, so zählten 1818 die acht kleinen Staaten der 16. Kurie zusammen 297 005 Seelen, davon Lippe als grösstes Mitglied der Kurie 69 062 und Liechtenstein als kleinstes 5546 Einwohner. Der Deutsche Bund als Ganzes umfasste 1818 total 30 094 050 Einwohner.³ Die acht Kleinstaaten der 16. Kurie stellten also gemeinsam gerade 0,9 Prozent der Einwohnerzahl des gesamten Deutschen Bundes, Liechtenstein allein gar nur 0,184 Promille des Gesamtbundes und auch innerhalb der 16. Kurie nur knapp 1,86 Prozent der Bevölkerung der Gesamtkurie. Die kleinen Staaten der 16. Kurie waren denn, rein grössenmässig betrachtet, innerhalb des Bundes massiv überrepräsentiert und Gleiches galt für das kleine Liechtenstein auch innerhalb der 16. Kurie.

Regiert wurden die Staaten der 16. Kurie von ihren jeweiligen Herrschern, acht Fürsten und (ab 1838) einem Landgrafen. Im Falle Liechtensteins waren es sukzessive die Fürsten Johann I., regierend 1805–1836, Alois II., regierend 1836–1858, und Johann II., regierend von 1858 an und dann allerdings weit über den Deutschen Bund hinaus bis 1929 – also bis zu Mussolini, Stalin und Hitler ante portas. Liechtenstein hatte wie alle Staaten zum Bundesheer ein Kontingent von 1 Prozent der Bevölkerung zu stellen, 55 Mann (plus 27 Mann, 1/2 Prozent, Reserve), später erhöht bis auf 82 Mann. Das Kontingent, aufgestellt erst 1836 und empfunden als Last, bildete mit den Kontingenten von Hohenzollern-Sigmaringen und Hohenzollern-Hechingen ein Infanteriebataillon, der Bundesfestung Landau zugewiesen. Ab 1850 war das liechtensteinische Kontingent nirgends mehr definitiv zugeteilt. 1868 schaffte Liechtenstein das Militär ab.⁴

2 Die Landgrafschaft trat 1838 in den Deutschen Bund ein, die beiden Fürstentümer Hohenzollern-Sigmaringen und Hohenzollern-Hechingen fielen 1850 weg, sie wurden preussisch.

3 Bundesbeschluss über die «Provisorische Matrikel auf fünf Jahre» vom 20. August 1818, in: Michael Kotulla, *Deutsches Verfassungsrecht 1806–1918, Eine Dokumentensammlung nebst Einführungen*, Bd. 1, Berlin 2005, Dok. Nr. 37, S. 664 f.

4 Zur liechtensteinischen Geschichte im 19. Jahrhundert siehe Malin, *Geschichte*; Quaderer, *Geschichte*; Geiger, *Geschichte*; Ospelt, *Wirtschaftsgeschichte*; Vogt, *Brücken*; Wanger, *Fürsten*; Quaderer, *Kontingent*.

Wie sah die Realität der 16. Kurie aus? Wie führte sie die Kuriatstimme? In Frankfurt sass ein beauftragter Gesandter der Kurie. Die neun kleinen Staaten lagen sehr verstreut in Süd-, Mittel-, Nord- und Ostdeutschland. Im Falle von Liechtenstein führte der Fürst vom fernen Wien aus die Regierung.⁵ Für Beratungen und Beschlüsse in der Bundesversammlung musste der Gesandte jedem der neun Höfe einzeln schreiben und deren Instruktion erfragen, danach sollten die neun Instruktionen abschriftlich an die jeweils acht andern Höfe geleitet werden – zusammen 72 Abschriften samt Kommentar. Dann hatte der Gesandte, nach allenfalls weiteren Instruktionen, das Gesamtvotum zusammenzustellen und in der Bundesversammlung einzubringen, danach wieder allen neun Höfen zu berichten, alles handschriftlich. Mit andern Worten: Der Gesandte und seine beauftragten Schreibkräfte waren mit emsigem, ständigem Schreiben beschäftigt. Der Informationsaustausch zwischen den Kuriathöfen verlief in der Praxis freilich sehr lückenhaft.

Über die Art der Führung und Gewichtung der 16. Kuriatstimme hatte man sich in einem Kuriatvertrag von 1816 geeinigt.⁶ Lippe hatte ursprünglich vorgeschlagen, die Grösse der Staaten in der Kurie zu berücksichtigen, durch «Ponderieren» (Wägen, Gewichten) der einzelnen Teilstimmen; der kleinste Staat, Liechtenstein, hätte so gerade 1/54 zur 16. Kuriatstimme beisteuern dürfen. Der Vorschlag wurde nicht aufgenommen, jeder Staat erhielt in der 16. Kurie das gleiche Gewicht. Die Stimmführung und das Votum decisivum bei Stimmgleichheit innerhalb der Kurie rotierte. Gemäss Kuriatvertrag sollte die Kurie sich bei Stimmgleichheit der Mehrheit in der Engeren Bundesversammlung anschliessen.⁷ Die geschilderte, äusserst umständliche Art der Instruktion und Kommunikation führte häufig dazu, dass der Gesandte der 16. Kurie sich in der Bundesversammlung für «nicht instruiert» erklären musste und die Kuriatstimme gar nicht einbringen konnte.⁸

5 Die Archivalien dazu liegen im Hausarchiv der Regierenden Fürsten von Liechtenstein, Wien (HALW), sowie im Liechtensteinischen Landesarchiv (LLA) in Vaduz.

6 Kuriatvertrag der Mitglieder der 16. Kurie vom 2. April 1816 (beglaubigte Abschrift vom 25. Mai 1853), HALW, 1862/12149, Beilage 2 ad 6009. – Geiger, Geschichte, S. 28.

7 Quaderer, Geschichte, S. 210–213. – Huber, Verfassungsgeschichte, Bd. 3, S. 541, Anm. 40.

8 «Denkschrift über die Verhältnisse und Einrichtungen der sechzehnten Kurie» vom 18. Juli 1851, von Schaumburg-Lippe, HALW S 319, Nr. 8561. – Geiger, Geschichte, S. 28 f.

Ab 1850 gab es in der 16. Kurie nicht mehr einen gemeinsamen, sondern mehrere Gesandte: Für Liechtenstein war es der Rechtsgelehrte Justin Timotheus Balthasar von Linde, für Schaumburg-Lippe Freiherr Victor von Strauss sowie für Lippe, Reuss älterer und jüngerer Linie, Waldeck und Hessen-Homburg der Frankfurter Patrizier Johann Adolf von Holzhausen.⁹ Holzhausen hatte bis 1848 alle vertreten. Alle drei waren Juristen, und alle drei, Linde wie Strauss wie Holzhausen, neigten im Bund der österreichischen Seite zu. Nach dem Tod Holzhausens vertrat Linde neben Liechtenstein auch Reuss älterer Linie und Hessen-Homburg. In Frankfurt stand so etwa der preussische Gesandte Bismarck nicht nur dem Haupttrivalen Österreich gegenüber, sondern teils auch den österreichfreundlichen Fürsten, so Liechtenstein, während andere derselben 16. Kurie, wie Fürst Leopold III. von Lippe, Preussen zu-neigte. Besonderen preussischen Groll weckte der Gesandte von Linde. Da Linde auch bei der österreichischen Gesandtschaft tätig war, beklagte der preussische Gesandte Bismarck, Österreich verfüge mit Linde faktisch über einen zweiten Bundesgesandten.¹⁰ Bei einer Auseinandersetzung aus nichtigem Anlass – es ging um das vernachlässigte Kontingent Liechtensteins – gerieten Bismarck und der österreichische Gesandte Rechberg so aneinander, dass eine Ehrenforderung Rechbergs resultierte, die nur durch Einlenken Bismarcks nicht gefährlich endete.¹¹ Es änderte sich an der Konstellation in der Bundesversammlung auch nichts, als nach Fürst Alois' Tod der knapp 18-jährige Johann II. nachfolgte und Bismarck alsbald preussischer Ministerpräsident wurde.

1863 gab es ein Zwischenspiel. Auf dem Frankfurter Fürstenkongress versammelte sich die Mehrzahl der Bundesregenten, um eine Bundesreform voranzubringen. Mit dabei waren der österreichische Kaiser Franz Josef, auch Fürst Johann von Liechtenstein, nicht aber der preus-

9 Hohenzollern-Sigmaringen und Hohenzollern-Hechingen standen ab 1850 unter Preussen, sie waren nicht mehr eigene Bundesmitglieder.

10 Geiger, *Geschichte*, S. 347. – Bismarcks häufige Klagen über Linde und die anti-preussische Haltung der 16. Kurie sind dokumentiert in Otto von Bismarck, *Die gesammelten Werke*, 16 Bde., Berlin 1924–1932, so in Bd. I, S. 37, 254 f., Bd. II, S. 69, 130, 135, 314, 394, 401, Bd. IV, S. 48, ausserdem in Ritter von Poschinger (Hrsg.), *Preussen im Bundestag 1851 bis 1859, Documente der K. Preuss. Bundestags-Gesandtschaft*, 4 Teile, Leipzig 1882–84, Bd. II, S. 218, Bd. III, S. 124, 280. – Vgl. Geiger, *Geschichte*, S. 346–349.

11 Geiger, *Geschichte*, S. 345–349.

sische König. Die von den anwesenden 23 Monarchen und Vertretern der Freien Städte beschlossene Reformakte – vorgelegt vom österreichischen Kaiser Franz Josef und massgeblich mitgestaltet vom Freiherrn von Linde – wurde nicht realisiert. Dennoch ist von Interesse, zu sehen, wie der reformierte Bund hätte aussehen sollen. Die Reformakte sah nicht nur ein Bundesdirektorium als Exekutivorgan und einen engeren Bundesrat (ähnlich der engeren Bundesversammlung) vor, sondern überdies zwei weitere Organe, nämlich eine Versammlung von 302 Abgeordneten der Parlamente der Bundesglieder – darin war ein Sitz Liechtenstein zugeteilt – sowie eine Versammlung der Fürsten und Freien Städte – darin stand ein Platz dem Fürsten von Liechtenstein zu. Allerdings wären diese zwei Versammlungen nur alle drei Jahre zusammengetreten. Doch auch dieser Reformanlauf scheiterte.¹²

II. Das Votum der 16. Kurie am 14. Juni 1866

Werfen wir nun einen Blick auf die bedeutendste, schicksalsschwere Abstimmung in der Bundesversammlung, jene vom 14. Juni 1866. Mit ihr zerbrach der Bund. Das Gewicht der 16. Kurie im Bund war in der Regel gering. Anders aber 1866, als am 14. Juni die Bundesexekution gegen Preussen beschlossen und der preussisch-österreichische Konflikt in den Deutschen Krieg mündete. Dieser endete bekanntlich mit der Niederlage Österreichs und der mit ihm verbündeten Staaten, und in kurzen Schritten realisierte sich die «kleindeutsche» Lösung der deutschen Einigung. Österreich fiel aus Deutschland heraus – und Liechtenstein mit, wegen seiner extremen Randlage.

Am 14. Juni 1866 fand in Frankfurt die entscheidende Abstimmung statt. Wie stimmte die 16. Kurie? Wie kam das Votum zustande, und was bewirkte es? Das Abstimmungsverhalten der 16. Kurie von 1866 gab zu Kritik und Polemik Anlass. Linde war nicht stimmführend, aber von Fürst Johann II. instruiert, mit Österreich gegen Preussen zu stimmen. Auslöser der Krise war der Einmarsch Preussens in Holstein gewesen,

12 Protokolle der Frankfurter Fürstenversammlung vom 16. Aug. bis 1. Sept. 1863, alle von Fürst Johann II. von Liechtenstein mit unterzeichnet, Österreichisches Staatsarchiv, Haus- Hof- und Staatsarchiv, Wien, P.A. II 101, Fürstenkongress Frankfurt 1863. – Geiger, Geschichte, S. 366.

letzter Eskalationsschritt im Verhältnis zwischen Preussen und Österreich. Österreich beantragte nun in der Bundesversammlung die Mobilisierung des Bundesheeres gegen Preussen. Die Bundesversammlung stimmte dem österreichischen Antrag zu: Das Ergebnis der 14 abgegebenen Stimmen lautete «9 Ja zu 5 Nein» (Baden enthielt sich, Preussen nahm nicht teil, Holsteins Stimme ruhte). Die 16. Kurie hatte dem Antrag zugestimmt. Militärische Bundesexekution gegen Preussen war beschlossen. Preussen erklärte die Bundesakte für gebrochen, den Bund für erloschen, der Krieg begann.

Bismarck kritisierte einzelne Stimmabgaben heftig, besonders jene der 16. Kurie und hier des winzigen Liechtenstein, er sah dahinter Fälschung und Korruption wirksam. War daran Wahres? Die Stimmführung der 16. Kurie lag beim Freiherrn von Strauss. Er hatte aus den Instruktionen der Höfe das Gesamtvotum der 16. Kurie zu bilden. Für Bundesexekution instruierten Liechtenstein und Reuss älterer Linie, dagegen Lippe und Waldeck. Reuss jüngerer Linie instruierte für Verweis an einen Ausschuss, und Schaumburg-Lippe instruierte nicht beziehungsweise zu spät. Innerhalb der Kurie standen die Stimmen also «2:2», weder für noch gegen. Das hätte für Enthaltung gesprochen. Aber Strauss wertete die Instruktion von Reuss jüngerer Linie – Verweis an Ausschuss – ebenfalls als «Für», und so zählte er die Einzelstimmen der Kurie faktisch mit 3:2 zu einem Gesamtvotum der 16. Kurie für die Bundesexekution im Sinne Österreichs, gegen Preussen, und gab so die Kurienstimme ab.¹³ Strauss rechtfertigte sich später öffentlich durch eine dem Votum vom 14. Juni 1866 gewidmete Schrift: Er habe die Stimme von Reuss jüngerer Linie nicht gezählt, doch das Verhältnis von 2:2 in der Kurie habe ihn gemäss Kuriatvertrag von 1816 berechtigt, bei Gleichstand innerhalb der Kurie die Stimme im Sinne der Mehrheit der Bundesversammlung abzugeben, in diesem Falle also *für* den österreichischen Antrag, *für* Bundesexekution, überdies habe die um zwei Stunden verspätet eintreffende Instruktion von Schaumburg-Lippe gelautet, wie Hannover zu stimmen, dieses stimmte für Exekution, der Mehrheitswille der 16. Kurie sei also für Bundesexekution gewesen.¹⁴ Freilich

13 Vgl. zum Votum der 16. Kurie vom 14. Juni 1866 auch Huber, Verfassungsgeschichte, Bd. 3, S. 541.

14 Victor von Strauss, Mein Antheil an der Abstimmung der Bundesversammlung vom 14. Juni 1866, Bückeburg 1866.

kursierten damals schon Gerüchte, dem notorisch als preussenfeindlich bekannten Kuriengesandten Strauss seien Versprechungen Österreichs gemacht worden. Solche bestätigten sich teilweise aus den Akten.¹⁵ Der österreichische Gesandte Aloys von Kübeck hatte Strauss im Vorfeld «eine Anerkennung seitens der kaiserlichen Regierung» in Aussicht gestellt, wenn er ihm die Stimme der 16. Kurie zuführe, und Kübeck beantragte am Tag nach der fatalen Abstimmung am Wiener Hof für Strauss wie für Linde eine «Allerhöchste Auszeichnung».¹⁶

Bismarck aber, der preussische Ministerpräsident, argumentierte eine Woche nach der Abstimmung – der Krieg war im Gange – in zwei Zirkularnoten vom 21. und 22. Juni 1866 an die preussischen Gesandten im Ausland zuhanden der europäischen Mächte und der Presse anders: Von den sechs Staaten, welche noch die 16. Kurie gebildet hatten, hätten nur zwei für den österreichischen Antrag instruiert, nämlich Liechtenstein, «peuplé de 6000 âmes», und Reuss älterer Linie, daher hätte Strauss die Kuriestimme gegen Bundesexekution abgeben müssen. Hier hätten sich «*la décadence . . . , l'esprit de parti, les intrigues et la corruption*» gezeigt, welche die Organe des Bundes seit langem geprägt hätten. Zum Votum der 16. Kurie folgerte Bismarck:

«*Ce vote par conséquent est un faux manifeste, et ce faux manifeste a déterminé la résolution fédérale du 14.*»¹⁷

Ziehen wir ein Fazit zum Kurienvotum 1866: Hätte Liechtenstein, das kleinste Bundesglied, nicht *für* Bundesexekution instruiert, so hätte Strauss das 16. Kuriatvotum nicht *für* die Exekution zurechtbiegen können. Aber selbst wenn die 16. Kurie *gegen* die Exekution gestimmt hätte, wäre es in der Bundesversammlung immer noch 8 : 6 für Exekution ge-

15 Geiger, Geschichte, S. 375–381.

16 Frh. Aloys von Kübeck an den österr. Aussenminister Alexander Graf von Mensdorff, 15. Juni 1866, Österreichisches Staatsarchiv, Haus- Hof- und Staatsarchiv, P. A. II 72, Frankfurt Berichte 1866 V-VI, Nr. 65 B. – Geiger, Geschichte, S. 378–380.

17 Zirkularnote des preussischen Ministerpräsidenten Bismarck an die preussischen Gesandten im Ausland, 22. Juni 1866, in: Das Staatsarchiv, Sammlung der officiellen Actenstücke zur Geschichte der Gegenwart, hg. v. Ludwig Karl Aegidi und Alfred Klauhold, Bd. XI, 1866 Juli bis December, Hamburg 1866, Nr. 2345, S. 141 f.; eine ähnliche Zirkularnote Bismarcks vom 21. Juni 1866 ebda., Nr. 2344, S. 140 f. – Geiger, Geschichte, S. 380 f.

standen, auch bei Enthaltung der 16. Kurie immer noch 8:5. Nur wenn die 16. Kurie sowie eine weitere Kurienstimme nicht *für*, sondern *gegen* den Beschluss gestimmt hätten – wie Bismarck es für korrekt gehalten hätte –, wäre das Ergebnis bei 7:7 gestanden und der Beschluss in der Tat verhindert worden – ob danach auch der Krieg und das Ende des Bundes, das wissen wir nicht. Dennoch zeigt sich: Auch den Kleinen, so sie repräsentiert sind, kann Entscheidungsgewicht zufallen, weniger in normalen, ruhigen Zeiten als in extremer Konfliktsituation.

III. Paulskirche 1848/49

Schauen wir nun vom Ende des Deutschen Bundes noch um fast zwei Jahrzehnte zurück auf die Paulskirche 1848/49, als um eine neue Gestalt Deutschlands gerungen wurde. Nicht nur die Fragen, wie eng, wie locker, wie frei, wie stark Deutschland gefügt werden solle, ob mit oder ohne Österreich, wurden beraten, sondern auch, wie mit den Kleinen zu verfahren sei. Zeitweilig schien Mediatisierung ihr Schicksal. Eine Karikatur des Schweizer Martin Disteli, vom deutschen Emigranten Friedrich Wilhelm Schulz in Zürich 1843 anonym herausgegeben und kommentiert, zeichnet ein ironisches Bild der schwachen Germania, die am Boden trauert, während der russische Zar Nikolaus zu Besuch kommt, Borussia sich auf seinen Arm und an den Hals schmiegt, auch andere Grössere ihm huldigen, während Austria, umgeben von kleineren Getreuen, abseits steht. Austria hebt Vaduzchen hoch und fragt: «Wie gross bist du?» Vaduzchen reckt das Ärmchen und ruft strahlend: «So gross!»¹⁸

Am 18. Mai 1848 zog unter den in ganz Deutschland gewählten Volksvertretern auch der Liechtensteiner Pädagoge, Historiker und Revolutionsführer Peter Kaiser als Mitglied der Deutschen Nationalversammlung in die Paulskirche in Frankfurt ein. Kaiser sass als einer von schliesslich 809 Abgeordneten in der Versammlung, von Mai bis Sep-

18 Die wahrhaftige Geschichte vom Deutschen Michel und seinen Schwestern, Nach bisher unbekanntem Quellen bearbeitet und durch sechs Bilder von M. Disteli erläutert, Zürich und Winterthur 1843, S. 12. – Die besagte Karikatur ist wiedergegeben in: Vogt, Brücken, S. 163.

tember 1848, dann folgte Karl Schädler von Januar bis April 1849.¹⁹ Schon der Blick auf die Landkarte des Deutschen Bundes zeigt, wie schwierig neben allem andern die Frage der territorialen Vereinheitlichung oder Berücksichtigung war.

Im November und Dezember 1848 wurde bei den Verfassungsberatungen in der Paulskirche über die künftige Gestalt Deutschlands eingehend auch über die Zukunft der Kleinen geratschlagt. Diese wurden unter den Begriff «kleinere Staaten» gefasst, sie waren ja ihrerseits wieder sehr ungleich nach Fläche und Einwohnern. Die verschiedensten Anträge von Paulskirchenabgeordneten, teils ganzen Gruppen, gingen ein, von Oktober bis Anfang Dezember. Sie wurden im Verfassungsausschuss beredet und an einen dreiköpfigen Unterausschuss delegiert. Am Montag, 4. Dezember 1848, wurden sie im Paulskirchen-Plenum beraten. Liechtenstein war nicht vertreten, da Peter Kaiser Ende September 1848 heimgekehrt war und Karl Schädler erst im Januar 1849 in Frankfurt eintraf.

Die gesamten Verhandlungen wurden stenographisch festgehalten und sogleich publiziert, man konnte sie jeweils tags darauf schon im Wortlaut lesen.²⁰ Insgesamt können wir die in Anträgen und Wortmeldungen geäußerten Mediatisierungsvorschläge nach drei Richtungen unterscheiden: Zusammenschliessen oder anschliessen oder reichsunmittelbar machen.

So wollten die einen die kleinen Staaten zu grösseren, lebensfähigen Staaten zusammenschliessen. Ein Abgeordneter meinte, man sollte Deutschland überhaupt neu einteilen, in etwa zehn ungefähr gleichgewichtige Staaten. Gemäss einem andern Antrag, von zwei Dutzend Abgeordneten unterzeichnet, sollte das künftige Deutsche Reich aus noch 21 Staaten bestehen. Auf der Liste dieser 21 Staaten figurierte als neu zu bildender Staat unter anderem:

«18. Tirol (mit Vorarlberg und Lichtenstein)».²¹

19 Zu Peter Kaiser und Karl Schädler in der Paulskirche siehe Geiger, *Geschichte*, S. 125–157.

20 Stenographischer Bericht über die Verhandlungen der deutschen constituirenden Nationalversammlung zu Frankfurt am Main, Herausgegeben auf Beschluss der Nationalversammlung durch die Redactions-Commission und in deren Auftrag von Professor Franz Wigard, 9 Bde., Frankfurt a. M. 1848/49, dazu Registerband 1850. Elektronisch verfügbar: Digitale Bibliothek, Münchener Digitalisierungszentrum: http://mdz10.bib-bvb.de/~db/ausgaben/uni_ausgabe.html?projekt=1182243493.

21 Verhandlungen Nationalversammlung, Bd. 4, S. 2747, 19. Okt. 1848.

Andere wollten, dass Staaten mit weniger als 500 000 Einwohnern – das winzige Liechtenstein zählte als kleinster knapp 7000 – sich freiwillig grösseren Nachbarn anschliessen.²² Wieder andere wollten Staaten unter 500 000 Einwohnern per Verfassung für «reichsunmittelbar» erklären und damit direkt unter die Reichsautorität stellen. Desgleichen sollten per Reichsgesetz weitere Staaten «aus Gründen des öffentlichen Wohls oder wegen Nichterfüllung reichsgesetzlicher Pflichten» für reichsunmittelbar erklärt werden können.²³ Dadurch würden solche reichsunmittelbare Territorien Reichsland – was begrifflich zwar Reichs-Immediatisierung, faktisch aber Mediatisierung nach oben gewesen wäre.

Wie wollte man bei all dem vorgehen? Viele wünschten Zwang, andere wenigstens drängende Förderung durch die Reichsorgane, manche nur ermunternde Vermittlung, und wieder andere plädierten für Freiwilligkeit bezüglich jeder völkerrechtlichen Veränderung bei Kleinen. Zur Illustration seien nachstehend einige Ausschnitte aus Voten von Abgeordneten in der Paulskirche zu den kleinen Staaten vom 4. und 5. Dezember 1848 vorgelegt. Die Votanten waren Rechtswissenschaftler, damals teils führend in Deutschland.

Schon beim Entwerfen und Beraten der Artikel I und II des Teils «Reichstag» der Reichsverfassung zeigten sich die Schwierigkeiten. Artikel I besagte, der Reichstag werde aus zwei Häusern gebildet, nämlich «Staatenhaus» und «Volkshaus». Artikel II sollte in 38 Paragraphen die Zusammensetzung des Staatenhauses, in dem die Vertreter der deutschen Staaten sässen, regeln. Im Entwurf des Verfassungsausschusses waren für die Vertretung im Staatenhaus 31 Staaten mit 176 Staatenvertretern vorgesehen. Die Zahl der Staatenvertreter war nach Grösse des einzelnen Staates abgestuft, so sollte Preussen 40 Mitglieder erhalten. Die Kleinsten waren zusammengefasst, so erhielten Waldeck, Schaumburg-Lippe und Lippe-Detmold zusammen einen Staatenvertreter. Das noch kleinere Liechtenstein aber sollte keinen eigenen Vertreter im Staatenhaus erhalten, da hiess es lapidar: «Oesterreich mit Lichtenstein 36 Mitglieder».²⁴

Berichterstatter des Paulskirchen-Verfassungsausschusses war der berühmte Göttinger Professor Friedrich Christoph Dahlmann. In seinem der Paulskirche zur Debatte vom 4. Dezember 1848 vorlie-

22 Ebenda, Bd. 4, S. 2748, 19. Okt. 1848.

23 Ebenda, Bd. 5, S. 3825, 4. Dezember 1848.

24 Ebenda, Bd. 5, S. 3799–3802, 4. Dez. 1848

genden Bericht, der den Mehrheitsentwurf des Ausschusses und die Minderheitsmeinungen enthielt und begründete, sagte Dahlmann unter anderem:

«Bei aller Rücksicht . . . konnte und musste gleichwohl am Ende die Frage auftauchen, ob denn doch nicht einzelne von diesen Staaten allzu unbedeutend, oder richtiger, von zu geringer Lebensfähigkeit wären, um den gesteigerten Staatsaufwand der Gegenwart zu bestreiten und ihren Angehörigen das wünschenswerte Mass von Wohlfahrt und Bildung gewährleisten zu können . . . Der Verfolg unserer Besprechungen . . . führte unvermeidlich auf das Gebiet der Mediatisierungsfrage.»²⁵

Leiter des dreiköpfigen, speziell mit der Mediatisierungsfrage befassten «Vorausschusses» war der schleswig-holsteinische Professor Georg Beseler. In seinem dem Plenum vorgetragenen Bericht befand Beseler:

«Es kommt nicht bloss auf die Seelenzahl an, wenn es sich darum handelt, ob ein Gemeinwesen der von ihm eingenommenen Stellung in würdiger Weise entspricht . . . Bedenklicher noch als die erzwungene Beschränkung der Selbständigkeit der Einzelstaaten durch die Vereinigung mit andern erscheint die völlige Aufhebung derselben, was man im engern Sinn Mediatisierung zu nennen pflegt.»²⁶

Allerdings fuhr Beselers Bericht, mit Blick auf so kleine Fürstentümer wie Liechtenstein und die süddeutschen Hohenzollern, fort:

«Freilich stellt sich in einzelnen Staaten die Sache so, dass die ange-deutete Katastrophe für die Zukunft kaum wird vermieden werden können, z. B. für Lichtenstein, Hohenzollern-Sigmaringen und Hohenzollern-Hechingen, deren ungünstige Lage die grössten Nachtheile herbeiführt . . .»²⁷

Andererseits hatten persönliche Umfragen bei Abgeordneten kleiner Staaten sowie in Frankfurt eingegangene Adressen aus kleinen Staaten die Bevölkerungsstimmung sichtbar gemacht, so dass Beseler einräumte:

25 Ebenda, Bd. 5, S. 3804, 4. Dez. 1848.

26 Ebenda, Bd. 5, S. 3818, 4. Dez. 1848.

27 Ebenda, Bd. 5, S. 3818, 4. Dez. 1848.

«... mit besonderem Nachdrucke weist z. B. die Bevölkerung des Fürstenthums Lippe darauf hin, dass sie sich in ihrem von Alters her wohlbestellten Gemeinwesen glücklich fühle.»²⁸

Demgegenüber feuerte der Abgeordnete Friedrich Mölling aus Oldenburg, Jurist und überzeugter Republikaner, eine Breitseite gegen die Fürstentümer ins Paulskirchenrund:

«... das Volk ... zahlt seine Abgaben und weiss nicht warum. ... Da ist kein Hauch der Freiheit ... Ich wenigstens habe die Überzeugung, dass Millionen gespart werden, wenn die kleinen Fürstenthümer eingehen, Millionen, deren das Volk bedarf. ... ich gebe es zu, dass viele Völker in den kleinen Staaten glücklich sind. Aber das kommt nur daher, weil ihr politischer Horizont beschränkt ist. ...»²⁹

Der Abgeordnete Friedrich Wilhelm von Reden, als Jurist und Statistiker in Berlin und Hannover tätig, im kleinen Lippe geboren, schwenkte den Blick von den kleinen Staaten kritisch auf die Grossen:

«... es sind weniger die kleinen Staaten, von denen Nachteile nachzuweisen sind, als gerade die grösseren. Es ist nicht die Kleinheit, sondern gerade die Uebergrösse einzelner Staaten, die uns Nachteile bringt.»³⁰

Von Reden schlug denn vor, es sollten alle monarchischen Staaten Deutschlands, welche 1846 weniger als 250 000 Einwohner zählten (die Freien Städte ausgenommen), bezüglich ihrer unmittelbaren Beziehungen zum Reich und bezüglich der wesentlichen Hoheitsrechte zu grösseren Einheiten zusammengeschlossen werden, «unter Vermittlung der Reichsgewalt», und zugleich sollten die übrigen Rechte dieser kleinen Einzelstaaten und ihrer regierenden Familien aufrechterhalten bleiben.³¹ Dies wäre eine Föderalisierung mit abgestufter Teilmediatisierung gewesen. Von Reden argumentierte, sein Antrag liege gerade auch im Interesse der kleinen Staaten,

28 Ebenda, Bd. 5, S. 3819, 4. Dez. 1848.

29 Ebenda, Bd. 5, S. 3821 f., 4. Dez. 1848.

30 Ebenda, Bd. 5, S. 3823, 4. Dez. 1848.

31 Ebenda, Bd. 5, S. 3823, 4. Dez. 1848.

«... weil ich die feste Überzeugung hege, dass der nächste europäische Krieg, oder die nächste Revolution in Deutschland diese kleinen Staaten, wenn sie vereinzelt bleiben, über den Haufen wirft.»³²

Der Württemberger Abgeordnete Moritz Mohl, als Jurist und Obersterrat in Stuttgart tätig, wollte die kleinen Staaten ohne weiteres zwangsweise vereinigt oder grösseren angeschlossen sehen, denn freiwillig würden die Dynasten gewiss nicht abtreten. Für seine Argumentation zog Mohl die grössere Geschichte heran, und er wagte ebenfalls eine Ableitung für die Zukunft:

«... Sehen Sie auf die Geschichte, so werden Sie finden, dass die tausendjährige Zersplitterung von je her der Grund von allem Unglück Deutschlands war. Was anderes hat uns denn den dreissigjährigen Krieg zugezogen? was anderes die Einfälle von Ost und West, die Plünderung und Misshandlung der Deutschen bei jedem Anlass? Und sehen wir nicht in der nächsten Zukunft vielleicht wieder Angriffen von Ost und West entgegen, denen wir uns ganz ruhig gegenüber stellen könnten, wenn wir e i n e Nation wären?»³³

Das Protokoll vermerkt hier «Beistimmung» aus dem Paulskirchenplenum.³⁴ Uns Heutige indes, die wir auf jene damals offene «nächste Zukunft» zurückschauen, beschleichen Gedanken zu Bismarcks Zweifrontenkriegs-Besorgnis und zu Deutschland vor und in den zwei Weltkriegen.

Der Abgeordnete Friedrich Gottlieb Becker aus dem kleinen Sachsen-Gotha, wieder näher am Kleinstaatenproblem, rückte manche Argumentation zurecht:

«... Es ist ein irrthümliches Mitleiden mit der sogenannten Kleinstaatserei, das diesen Mediatisierungsbestrebungen zum Grunde liegt. Es ist bei vielen zur fixen Idee geworden, ein sogenanntes politisches Leben, welches jetzt für das höchste Gut der Menschheit ausgegeben wird, könne nur in unmittelbar grossartigen Verhältnissen sich entwickeln.»³⁵

32 Ebenda, Bd. 5, S. 3824, 4. Dez. 1848.

33 Ebenda, Bd. 5, S. 3824, 4. Dez. 1848.

34 Ebenda.

35 Ebenda, Bd. 5, S. 3828, 4. Dez. 1848. – Zit. auch bei Geiger, Geschichte, S. 139.

Deutlich werden aus den hier zitierten Voten die in der Paulskirche vorgebrachten verschiedensten Argumente zur kleinen Grösse, zu mangelnder Lebenskraft, zu Rückständigkeit, zu modernen Anforderungen, zu Zwang, zu demokratischer Selbstbestimmung, zu Kosten und Nutzen. Eigentlich stand man recht ratlos vor der geschichtlich gewachsenen, komplexen Wirklichkeit.

Als es dann am nächsten Tag, am Dienstag, 5. Dezember 1848, zu den Abstimmungen über die verschiedenen Mediatisierungsanträge kommen sollte, redete Georg Beseler als Ausschuss-Berichterstatter dem Plenum nochmals ins Gewissen:

«Mit Nachdruck ist von dem Ausschusse nachgewiesen worden, dass das Zusammenwerfen nichts hilft, wenn nicht ein wirkliches Zusammenwachsen in Aussicht steht.»³⁶

Präsident Heinrich von Gagern ordnete alle Anträge für die Abstimmungen des 5. Dezember. Allerdings machte dann das Abstimmungsergebnis des ersten Antrags alle weiteren Abstimmungen bis auf eine hinfällig. Es wurde nämlich der Antrag des Verfassungsausschusses, der auf «Übergang zur motivirten Tagesordnung» lautete, angenommen, mit 253 Ja zu 198 Nein, ermittelt durch schriftliche Stimmabgabe.³⁷ Dies bedeutete, dass alle andern Mediatisierungsanträge und damit jede zwangsweise oder drängende oder fördernde Regelung bezüglich kleiner Staaten hinfällig waren. Damit waren für die kleinen Staaten Zwang und Druck zur Mediatisierung vom Tisch.

Einzig ein Zusatzantrag gelangte noch zur Abstimmung. Er lautete, die Zentralgewalt sei aufzufordern,

«... dass sie die Vereinigung kleinerer Staaten unter sich oder mit grösseren Staaten, da wo die Wünsche der Bevölkerung sich deutlich dafür aussprechen, auf dem Wege der Übereinkunft zwischen den betreffenden Regierungen und Volksvertretungen vermittele.»³⁸

Dieser Antrag wurde ebenfalls angenommen. Er zeigte, dass man zu freiwillig vereinbarten Veränderungen Hand bieten würde, unter qualifizierten Bedingungen, nämlich deutliche Zustimmung von Bevölke-

36 Verhandlungen Nationalversammlung, Bd. 5, S. 3833, 5. Dez. 1848.

37 Ebenda, Bd. 5, S. 3835–3841, 5. Dez. 1848.

38 Ebenda, Bd. 5, S. 3841, 5. Dez. 1848.

rung, Volksvertretung und Regierung (Dynastie) des kleinen Staates. Dies entsprach übrigens, was das Volk betraf, genau der Haltung, wie sie Peter Kaiser im März 1848 im Entwurf der liechtensteinischen Revolutionsausschüsse zu einer Adresse an den Fürsten zum Ausdruck gebracht hatte, nämlich

«... dass wir nie gegen unsern Willen uns vertauschen oder verschieben lassen oder irgend einem andern Wechsel uns unterziehen».³⁹

Schliesslich wurde 1849 die Reichsverfassung als Ganzes beschlossen, wenn auch dann nicht umgesetzt. Darin war die Repräsentation Liechtensteins – und analog anderer kleiner Staaten – im Reichstag in Volkshaus und Staatenhaus wie folgt fixiert. Im 192-köpfigen Staatenhaus erhielt Liechtenstein einen Vertreter (was zur vergleichenden Bemerkung reizt, dass Liechtenstein heute (2009) in der 193-köpfigen UNO-Generalversammlung sitzt). Für das Volkshaus aber wiesen die Paulskirchen-Abgeordneten für die Reichsverfassung Liechtenstein einem Wahlkreis von 100 000 Seelen zu. Das hiess, Liechtenstein, damals rund 7000 Einwohner stark, würde mit 93 000 österreichischen Nachbarn zusammen einen Volkshaus-Abgeordneten stellen können. Was bedeutete, dass bei einem Einfluss von 7:93 kaum je ein Liechtensteiner im Volkshaus des Reichstages sass. Ein Antrag von Karl Schädler auf einen eigenen liechtensteinischen Volkshaus-Abgeordneten war am 2. März 1849 kurz diskutiert worden. Der Oldenburger Abgeordnete Maximilian Heinrich Rüder kritisierte das liechtensteinische Begehren als unbegründet und «particularistisch». Zwar anerkannte er, Liechtenstein bleibe «ein selbständiger Staat», aber die angestrebte, krass überproportionale Repräsentation lehnte er ab. Rüder sah in einem eigenen liechtensteinischen Wahlkreis von nur 7000 Einwohnern, der einen Volkshaus-Abgeordneten in den Reichstag wählen dürfte, gegenüber ordentlichen Wahlkreisen von jeweils 100 000 Seelen

«ein Missverhältnis, das ganz klar in die Augen springen sollte.»⁴⁰

Zwar sprach sich noch der Abgeordnete Friedrich Ludwig Jahn aus Freyburg (Sachsen-Anhalt) für das liechtensteinische Anliegen aus.⁴¹

39 LLA Schä U 265, fol. 3. – Zit. bei Geiger, Geschichte, S. 140.

40 Verhandlungen Nationalversammlung, Bd. 7, S. 5549, 2. März 1849.

41 Ebenda, Bd. 7, S. 5550, 2. März 1849.

Jahn, damals bereits über 70 Jahre alt, war kein anderer als der berühmte «Turnvater». Aber in der offenen Abstimmung (durch Aufstehen oder Sitzenbleiben) erhoben sich in der Paulskirche für Schädlers Antrag nur «sehr wenige Mitglieder» – weniger als zwanzig – von den Sitzen, während dann auf die Abstimmungsfrage, wer den Liechtenstein-Antrag ablehne, sich die übergrosse Mehrheit von links bis rechts erhob.⁴²

Indes kam die Gefährdung der Existenz Liechtensteins und anderer kleiner Staaten 1848/49 nicht nur von Seiten der staatsrechtlichen Neugestaltung. Im Zuge der Beschlüsse der Deutschen Nationalversammlung in Frankfurt ergaben sich für Liechtenstein wie für andere Kleine diverse erschwerende Lasten der Zentralgewalt und damit düstere Perspektiven. Das zu stellende Militärkontingent wurde auf 2 Prozent der Bevölkerung erhöht, was für Liechtenstein 140 Mann bedeutete, dazu weitere 60 Mann als Ersatz für Artillerie. An die deutsche Flotte war ein Beitrag zu zahlen. Für eine künftige Reichsverwaltung waren wachsende Kosten zu veranschlagen. Reichskriege schienen nicht undenkbar. Zollgrenzen würgten die isolierte kleine Volkswirtschaft. Die marginale Repräsentation im Staatenhaus und vor allem im Volkshaus verhiess kaum eine wirksame Interessenvertretung. Im Januar 1849 kursierten im Fürstentum Gerüchte, das Land werde Österreich angeschlossen, in Wien werde schon verhandelt.⁴³ Und so kamen 1849 bei den Liechtensteinern selber Mediatisierungsgedanken auf, von innen. Alles schien offen.

Besorgt beschrieb der liechtensteinische Paulskirchen-Abgeordnete Karl Schädler⁴⁴ am 9. März 1849 in einem Brief aus Frankfurt an den fürstlichen Landesverweser in Vaduz die oben erwähnten Aussichten. Und er teilte dem Landesverweser, mit dem er in vertraulichem Verhältnis stand, seine innersten politischen Gedanken zur Erwägung mit:

«... In Betrachtung der Verhältnisse wie sie sind, und wie sie voraussichtlich kommen müssen, verfolgt mich seit einiger Zeit unablässig eine quälende Frage: sollen wir nicht jetzt, wo es Zeit ist und leicht gienge, selbstthätig auf Mediatisirung dringen, oder sollen

42 Ebenda, Bd. 7, S. 5550, 2. März 1849. – Brief von Karl Schädler in Frankfurt an Landesverweser Michael Menzinger in Vaduz, 9. März 1849, LLA RC 100/4.

43 Brief von Ludwig Grass, Vaduz, an Karl Schädler in Frankfurt, 1. Februar 1849, LLA Schä U 311.

44 Zu Dr. med. Karl Schädler in der Paulskirche siehe Geiger, Geschichte, S. 141–155.

wir uns passiv am Schlepptau der Ereignisse uns durch diese früher oder später mediatisieren lassen?

Es ist mit Gewissheit anzunehmen, dass die Auslagen für die Centralgewalt in der nächsten Zukunft sehr bedeutend sein werden. ... In Betracht der Verhältnisse, wie sie jetzt sind, bin ich sicher, dass wir diese Steuern nicht leisten werden können.

Wird da der Fürst nachhelfen? Ich bezweifle sehr dass er gewillt sein wird für ein Ding von so ephemerer Existenz, wie unsere Selbständigkeit sein wird, so bedeutende Opfer zu bringen. ...

Schliessen wir uns an Österreich so könnte es scheinen, dass wir in Bezug auf Zahlen aus der Bratpfanne in die Gluth springen und dennoch bleibt uns bei unserm Mangel an Stoff und Kraft zur Bildung eines Staates, wie ihn die neuern Verhältnisse wollen keine andere Wahl übrig.»⁴⁵

In die selbe Richtung, wenn auch in anderer Gemüts- und Interessenslage, gingen im Sommer 1849 die Gedanken eines jungen Liechtensteiners, des 18-jährigen Leutnants Peter Rheinberger aus Liechtenstein. Er weilte in Heidelberg und hatte eine militärische Karriere im Auge. Er schrieb am 1. August 1849 an seine Eltern in Vaduz, es gehe das Gerücht, dass die Hohenzollern-Fürstentümer Sigmaringen und Hechingen mit Preussen verschmolzen würden – was alsbald geschah – und er fügte an:

«Was wird aus Liechtenstein werden? Sehr erwünscht wäre es mir, wenn auch wir zu einem grösseren Staate gestossen würden; warum werdet ihr leicht einsehen.»⁴⁶

Bekanntlich geschah solches nicht. Denn die Paulskirchen-Reichsverfassung von 1849, die zwar von 28 Staatsregierungen des Deutschen Bundes anerkannt wurde, erhielt kein Leben, wegen des preussisch-österreichischen Machtkonflikts.⁴⁷ Der Deutsche Bund bestand noch eineinhalb Jahrzehnte weiter bis 1866. Im Deutschen Kaiserreich von 1871 lebten

45 Karl Schädler in Frankfurt an Landesverweser Michael Menzinger in Vaduz, 9. März 1849, LLA RC 100/4. – Faksimile-Wiedergabe und Transkription des Briefes von Karl Schädler vom 9. März 1849 bei Geiger, *Geschichte*, S. 148–150.

46 Brief von Peter Rheinberger in Heidelberg an seine Eltern in Vaduz, 1. Aug. 1849, Archiv der Familie Rheinberger, Vaduz, H 3.

47 Geiger, *Geschichte*, S. 151–155.

grössere und auch manche kleine Länder des Reiches fort, zwar nicht mehr selbständig, aber mit gewisser Eigenständigkeit, so auch Länder der ehemaligen 16. Kurie des Deutschen Bundes. Zwar waren die Fürstentümer Hohenzollern-Sigmaringen und Hohenzollern-Hechingen ab 1850 preussisch, ebenso Hessen-Homburg ab 1866. Aber die Fürstentümer Lippe, Schaumburg-Lippe, Reuss älterer Linie, Reuss jüngerer Linie sowie die mit Pyrmont vereinigte Landgrafschaft Waldeck wurden 1871 Gliedstaaten des Deutschen Kaiserreiches, 1919 republikanische Freistaaten des Deutschen Reiches unter der Weimarer Verfassung. Reuss älterer Linie und Reuss jüngerer Linie, ab 1908 in Personalunion regiert, hatten 1919 als kurzzeitige Freistaaten zum «Volksstaat» Reuss fusioniert, der sich seinerseits schon 1920 mit sechs weiteren neuen kleinen Freistaaten (den ehemaligen Herzogtümern Sachsen-Weimar-Eisenach, Sachsen-Meiningen, Sachsen-Altenburg, Sachsen-Gotha sowie den Fürstentümern Schwarzburg-Rudolstadt und Schwarzburg-Sondershausen, alle ebenfalls zuvor Mitgliedstaaten des Deutschen Bundes und dann des Deutschen Kaiserreiches) zum Land Thüringen vereinigte. Andere ehemalige Mitglieder der 16. Kurie des Deutschen Bundes blieben in der Weimarer Republik Freistaaten, so Schaumburg-Lippe, Lippe und Waldeck. Der Freistaat Waldeck fiel 1929 an Preussen, seit 1946 ist Waldeck Teil des Bundeslandes Hessen. Die Freistaaten Schaumburg-Lippe und Lippe wurden 1946/47 Teil des Landes Nordrhein-Westfalen. So sind heute die Territorien der ehemaligen kleinen deutschen Staaten noch etwa Verwaltungseinheiten auf der Kreisebene innerhalb eines Bundeslandes in der Bundesrepublik Deutschland, die ihrerseits Mitglied der Europäischen Union ist.⁴⁸

Anders das Fürstentum Liechtenstein. Es hat selbständig überlebt, als winziger, souveräner Kleinstaat, als geschichtlicher Sonderfall gewiss: Am äussersten Rande Deutschlands, von diesem ab 1866 durch Österreich abgetrennt, zwischen zwei nichtexpansiven Nachbarn gelegen, wirtschaftlich lebensfähig dank staatsvertraglichem, freundnachbarlichem Einbezug in den Wirtschaftsraum erst Österreichs (1852 bis 1919), dann der Schweiz (seit 1923), schliesslich der EFTA (seit 1960 bzw. 1991) und des EWR (seit 1995), dank Verschonung vor Krieg seit

48 Zur knappen Übersicht über die Geschichte der einzelnen kleinen Mitgliedstaaten des Deutschen Bundes siehe die betreffenden Artikel wie «Lippe», «Waldeck» etc. in www.wikipedia.de.

der napoleonischen Zeit, dank völkerrechtlicher Absicherung bis zur höchsten Stufe der UNO (1990).⁴⁹

IV. Fazit zu kleinen Staaten

Kommen wir zu einem Fazit zu kleinen Staaten. Ich möchte sechs allgemeine, gewiss diskutable Feststellungen treffen.

1. Geschichtlich gab und gibt es günstige und ungünstige Zeiten für kleine Staaten und Gemeinwesen.
2. Der Deutsche Bund erwies sich als kleinstaatensfreundlich. Jenes halbe Jahrhundert von 1815 bis 1866 war für die Staaten und Bevölkerungen des Bundes eine lange Friedenszeit für ein halbes Jahrhundert. Man möchte folgern: Die viel beklagte Schwäche des Deutschen Bundes diente dem Frieden.
3. Nationalstaaten kann man als zentralistisch und kleinstaatensfeindlich charakterisieren. Sie tendieren zu nationaler Einheit und Stärke. Wenn sich Nationalismus dazu gesellt, gefährden sie den Frieden. Föderalismus mindert solche Gefahr.
4. Bezüglich der Einzelstaaten zeigten die Revolution von 1848 und die Paulskirche – und zeigt analog die Europäische Union – einige Dilemmata, nämlich zwischen angestrebter Einheitlichkeit und gewachsener Vielfalt, zwischen moderner Effizienz und vielgestaltigem Eigenleben, bei Kleinen zwischen Leichtgewicht und überproportionaler Repräsentation.
5. In der Weltfriedensorganisation des Völkerbundes waren die «*états nains*», die Zwergstaaten, nicht willkommen. Liechtensteins Ersuchen um Aufnahme als Mitglied wurde 1920 abgewiesen, einzig die Schweiz befürwortete es. Die Nachfolgeorganisation, die UNO, heisst indes auch kleine und kleinste Staaten vorab seit 1989, dem Ende des Kalten Krieges, willkommen, so auch Liechtenstein.
6. Autonomiestreben, insbesondere kleiner Gemeinschaften, ist schliesslich eine weltweite Tendenz und im wahrsten Sinne brandaktuell.

⁴⁹ Siehe David Beattie, *Liechtenstein – A Modern History*, Triesen 2004 (in deutscher Übersetzung: *Liechtenstein – Geschichte & Gegenwart*, 2005).

Durfte Liechtenstein in der Völkerbundszeit nicht ins Genfer Palais des Nations einziehen, so weht heute die liechtensteinische Fahne auch am UNO-Sitz in Genf und in New York. Fürst Hans-Adam II. konnte am 23. September 1991 in der UNO-Generalversammlung für den vollberechtigten neuen Mitgliedstaat Liechtenstein sprechen. Der Fürst brachte gleich ein Konzept zur Lösung von Autonomie- und Sezessionskonflikten ein, die «Liechtenstein Initiative on Self-Determination».⁵⁰ Schon länger als in der UNO ist Liechtenstein seit 1978 Mitglied des Europarates in Strassburg, mit einem Sitz im Ministerrat (von derzeit 41) und zwei Vertretern in der Parlamentarischen Versammlung (von 318).

Fehlt noch die Europäische Union. Gerade bei der EU, die als wirtschaftliche und politische Union unterwegs ist, zeigt sich aber, dass Kleinheit und Grössenverträglichkeit eine weit grössere Rolle spielen als bei Europarat und UNO. Ein Blick auf die Karte mit den heute 27 Mitgliedstaaten (2009) zeigt die geographisch-geopolitische Situation. Und die Frage ist in der Tat: Könnte – und wollte, wenn es könnte – Liechtenstein Mitglied der EU werden? In welcher Form, mit welchem Status, mit welcher Repräsentation? Falls ja, begänne wieder jenes Austarieren und Ponderieren, welchem wir im Deutschen Bund, in der Paulskirche, am Frankfurter Fürstenkongress wie in den Verfassungen der USA, der Schweiz und des Deutschen Reiches begegnet sind.

Es wird denn in einigen Jahren oder Jahrzehnten wieder interessant sein, auf das, was heute noch als Zukunft vor uns liegt, zurückzuschauen – vielleicht erneut von hier aus, am Liechtenstein-Institut.

50 Dazu Beattie, Liechtenstein – A Modern History, S. 359 f.

Quellen und Literatur

a) Archivquellen

Archiv der Familie Rheinberger, Vaduz (AFRh): H 3.

Hausarchiv der Regierenden Fürsten von Liechtenstein, Wien (HALW): Div. Archivalien aus der Zeit von 1815 bis 1866. – Kuriatvertrag der Mitglieder der 16. Kurie vom 2. April 1816 (beglaubigte Abschrift vom 25. Mai 1853), 1862/12149, Beilage 2 ad 6009. – Denkschrift über die Verhältnisse und Einrichtungen der sechzehnten Kurie, 18. Juli 1851 (von Schaumburg-Lippe), S 319, Nr. 8561.

Liechtensteinisches Landesarchiv (LLA): Div. Archivalien aus der Zeit von 1815 bis 1866. – RC 100/4. – Schä U 265 fol. 3. – Schä U 311.

Österreichisches Staatsarchiv, Haus- Hof- und Staatsarchiv, Wien: – P.A. II 101, Fürstenkongress Frankfurt 1863, Protokolle der Frankfurter Fürstenversammlung vom 16. Aug. bis 1. Sept. 1863. – P. A. II 72, Frankfurt Berichte 1866 V-VI, Nr. 65 B.

b) Publierte Quellen

Das Staatsarchiv, Sammlung der officiellen Actenstücke zur Geschichte der Gegenwart, hg. v. Ludwig Karl Aegidi und Alfred Klauhold, Bd. XI, 1866 Juli bis December, Hamburg 1866 (kurz Aegidi/ Klauhold, Das Staatsarchiv XI).

Deutsche Bundesakte vom 8. Juni 1815, in: Huber, Dokumente, Bd. 1, S. 84–90. Ebenso elektronisch verfügbar in: www.verfassungen.de/de/de06-66/bundesakte15-i.

Die wahrhaftige Geschichte vom Deutschen Michel und seinen Schwestern, Nach bisher unbekanntten Quellen bearbeitet und durch sechs Bilder von M. Disteli erläutert, Zürich und Winterthur 1843.

Huber, Ernst Rudolf (Hrsg.): Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte Bd. 1: Deutsche Verfassungsdokumente 1803-1850, Dritte neubearbeitete und vermehrte Auflage, Stuttgart 1978, (kurz Huber, Dokumente, Bd. 1).

Kotulla, Michael: Deutsches Verfassungsrecht 1806-1918, Eine Dokumentensammlung nebst Einführungen, Bd. 1, Berlin 2005. Auch z. T. elektronisch verfügbar über www.google.de/books.

Poschinger, Ritter von (Hrsg.): Preussen im Bundestag 1851 bis 1859, Documente der K. Preuss. Bundestags-Gesandtschaft, 4 Teile, Leipzig 1882–84.

Stenographischer Bericht über die Verhandlungen der deutschen constituirenden Nationalversammlung zu Frankfurt am Main, Herausgegeben auf Beschluss der Nationalversammlung durch die Redactions-Commission und in deren Auftrag von Professor Franz Wigard, 9 Bde., Frankfurt a.M. 1848/49, dazu Registerband 1850, (kurz Verhandlungen Nationalversammlung). Elektronisch verfügbar: Digitale Bibliothek, Münchener Digitalisierungszentrum, http://mdz10.bib-bvb.de/~db/ausgaben/uni_ausgabe.html?projekt=1182243493.

Wiener Schlussakte (Schluss-Acte der über Ausbildung und Befestigung des Deutschen Bundes zu Wien gehaltenen Ministerial-Conferenzen) vom 15. Mai 1820, in: Huber, Dokumente, Bd. 1, S. 91–100. Ebenso elektronisch verfügbar in: www.verfassungen.de/de/de06-66/schlussakte20.

c) Literatur

- Beattie, David: Liechtenstein – A Modern History, Triesen 2004 (in dt. Übersetzung: Liechtenstein – Geschichte & Gegenwart, 2005), (kurz Beattie, A Modern History).
- Bismarck, Otto von: Die gesammelten Werke, 16 Bde., Berlin 1924–1932, (kurz Bismarck, GW).
- Brunhart, Arthur (Hrsg.): Liechtenstein und die Revolution 1848, Umfeld – Ursachen – Ereignisse – Folgen, (Referate und Ergebnisse der 2. Liechtensteinischen Historischen Tagung vom 6. November 1998 in Balzers), Zürich 2000.
- Geiger, Peter: Geschichte des Fürstentums Liechtenstein 1848 bis 1866, in: JBL Bd. 70, Vaduz 1970, S. 5–418 (auch Sonderdruck Schaan 1971, mit Namenregister S. 419–421), (kurz Geiger, Geschichte).
- Geiger, Peter: Liechtenstein: «... ein Völklein vorstellen», in: Catherine Bosshart-Pfluger / Joseph Jung / Franziska Metzger (Hrsg.), Nation und Nationalismus in Europa, Kulturelle Konstruktion von Identitäten, (Festschrift für Urs Altermatt), Frauenfeld Stuttgart Wien 2002, S. 225–250.
- Huber, Ernst Rudolf: Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. 3: Bismarck und das Reich, 3., überarb. Aufl. Stuttgart 1988 (kurz Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte, Bd. 3).
- Jahrbuch des Historischen Vereins für das Fürstentum Liechtenstein (seit 1900), (kurz JBL).
- Langewiesche, Dieter (Hrsg.): Die Revolutionen von 1848 in der europäischen Geschichte: Ergebnisse und Nachwirkungen, Beiträge des Symposions in der Paulskirche vom 21. bis 23. Juni 1998, München 2000.
- Malin, Georg: Die politische Geschichte des Fürstentums Liechtenstein in den Jahren 1800–1815, in: JBL, Bd. 53, Vaduz 1953, S. 5–178, (kurz Malin, Geschichte).
- Merki, Christoph Maria: Wirtschaftswunder Liechtenstein, Die rasche Modernisierung einer kleinen Volkswirtschaft im 20. Jahrhundert, Zürich 2007, (kurz Merki, Wirtschaftswunder).
- Ospelt, Alois: Wirtschaftsgeschichte des Fürstentums Liechtenstein im 19. Jahrhundert, Von den napoleonischen Kriegen bis zum Ausbruch des Ersten Weltkrieges, Vaduz 1974.
- Quaderer, Rupert: Politische Geschichte des Fürstentums Liechtenstein von 1815 bis 1848, in: JBL, Bd. 69, Vaduz 1969, S. 201–223, (kurz Quaderer, Geschichte).
- Quaderer, Rupert: «... Wird das Contingent als das Unglück des Landes angesehen», Liechtensteinische Militärgeschichte von 1814–1849, in: JBL, Bd. 90, Vaduz 1991, S. 1–281, (kurz Quaderer, Contingent).
- Strauss, Victor von: Mein Antheil an der Abstimmung der Bundesversammlung vom 14. Juni 1866, Bückeberg 1866.
- Vogt, Paul: Brücken zur Vergangenheit, Ein Text- und Arbeitsbuch zur liechtensteinischen Geschichte, 17. bis 19. Jahrhundert, Vaduz 1990, (kurz Vogt, Brücken).
- Wanger, Harald: Die Regierenden Fürsten von Liechtenstein, Triesen 1995, (kurz Wanger, Fürsten).
- www.wikipedia.de: Artikel zu diversen Staaten des Deutschen Bundes wie «Lippe», «Waldeck» etc.

Föderale Bürgerschaft

Was kann man für die europäische Bürgerschaft aus der föderalen Verfassungsgeschichte lernen?

Christoph Schönberger

I. Europäische Union und Föderalismusvergleich: Verbreitete Verständnisbarrieren

Wenn von der europäischen Bürgerschaft, der Unionsbürgerschaft, die Rede ist, dann wird sie häufig als einzigartiges Unikum beschrieben. Eine Bürgerschaft haben nach landläufigem Verständnis nur Staaten; die juristische Terminologie für Zugehörigkeitsbeziehungen (Staatsangehörigkeit, nationalité, nationality, nacionalidad) ist auf Staaten orientiert. Die Europäische Union wird aber üblicherweise nicht als Staat eingestuft,¹ zumal sie selbst eine mögliche Staatsqualität auch gar nicht beansprucht. Vielen Beobachtern gilt sie deshalb als ein präzedenzloses Gebilde sui generis. Vor diesem Hintergrund argumentieren Analysen der Unionsbürgerschaft häufig negativ. Sie stellen den Kontrast zur Staatsangehörigkeit der Staaten in den Vordergrund und heben hervor, was jene von dieser unterscheidet. So hebt das Bundesverfassungsgericht in seinem 2009 ergangenen Urteil zum Vertrag von Lissabon hervor, die Unionsbürgerschaft sei keine Staatsangehörigkeit, konstituiere kein Unionsvolk und aus ihrer Einführung könne nicht «auf die Begründung bundesstaatlicher Föderalität» geschlossen werden. Die Unionsbürgerschaft bleibe vielmehr «ein abgeleiteter und die mitgliedstaatliche Staatsangehörigkeit ergänzender Status».²

Hier zeigen sich typische und verbreitete Argumentationsmuster im Umgang mit der Unionsbürgerschaft. Die einzigen vertrauten Kategorien für die juristische Beschreibung von Zugehörigkeitsbeziehungen sind staatsbezogen. Da die Staatsangehörigkeiten der Mitgliedstaaten in-

1 Abweichend etwa Federico Mancini, *Europe: The Case for Statehood*, ELJ 4 (1998), S. 29.

2 BVerfGE 123, 267 (404).

nerhalb der Europäischen Union überdies fortbestehen und die Unionsbürgerschaft sich an sie komplementär anlagert – nach dem geltenden Vertragsrecht ist Unionsbürger, wer die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzt (Art. 9 Satz 2 EUV, Art. 20 Abs. 1 Satz 2 AEUV), und tritt die Unionsbürgerschaft zur nationalen Staatsbürgerschaft hinzu, ersetzt sie aber nicht (Art. 9 Satz 3 EUV, Art. 20 Abs. 1 Satz 3 AEUV) – wird in den entsprechenden Analysen in erster Linie der abgeleitete Charakter der Unionsbürgerschaft hervorgehoben und die weiterhin primäre Bedeutung der mitgliedstaatlichen Staatsangehörigkeit betont. Derartige Beschreibungen haben einen ausschliesslich negativen Ertrag. Wir erfahren, dass die Unionsbürgerschaft keine Staatsbürgerschaft sei, dass sie sich allein vom vertragsrechtlichen Willen der Mitgliedstaaten ableite, dass die Europäische Union kein selbständiges Unionsvolk habe. Was wir nicht erfahren, ist hingegen, was diese Bürgerschaft positiv ausmacht, worin ihre rechtliche Bedeutung denn eigentlich besteht. Der Grund für dieses Beschreibungsdefizit liegt darin, dass der Kontrast zum Staat hier ideologisch übertrieben und zudem ohne nähere Differenzierung eine einheitsstaatliche Begriffsfolie zugrunde gelegt wird. Schon allein die Intensität, die dabei darauf verwendet wird, die Unionsbürgerschaft von der Staatsangehörigkeit abzugrenzen, muss insoweit skeptisch stimmen. Denn wenn dieser grosse Abgrenzungsaufwand überhaupt für nötig gehalten wird, dann scheint der Abstand zwischen Unionsbürgerschaft und Staatsangehörigkeit gerade nicht so gross zu sein, wie behauptet wird. Die Intensität des wahrgenommenen Abgrenzungsbedarfs indiziert gerade Nähe und Verwandtschaft.

Die übertriebene Kontrastierung zur Staatsangehörigkeit wurzelt vor allem darin, dass Staat und Staatsangehörigkeit monolithisch-geschlossen interpretiert werden. Es wird dabei übersehen, dass es durchaus Staaten gibt, die nach innen mehrere gestufte und verknüpfte Bürgerschaften kennen. Der wichtigste Fall in der Gegenwart ist die Schweiz. Im Schweizer Bundesstaat ist das Bürgerrecht bis heute dreifach gestuft. Die Staatsangehörigkeit, das Schweizer Bürgerrecht, ruht auf dem kantonalen Bürgerrecht auf, das wiederum vom Gemeindebürgerrecht abhängt. Jeder Schweizer ist gleichzeitig Bürger auf drei Ebenen öffentlicher Gewalt.³ Schon allein diese schweizerische Gegenwartser-

3 Art. 37 Abs. 1 der schweizerischen Bundesverfassung bestimmt: «Schweizerbürgerin oder Schweizerbürger ist, wer das Bürgerrecht einer Gemeinde und das Bürger-

fahrung sollte misstrauisch machen, wenn in der Diskussion über die Unionsbürgerschaft wieder einmal der Kontrast zum «Staat» und der «Staatsangehörigkeit» beschworen wird. Das Schweizer Bürgerrecht ist bis in die Gegenwart ein abgeleiteter, derivativer Status geblieben, ohne dass man deshalb an ihrem Charakter als Staatsangehörigkeit zweifeln würde. Gerade in Deutschland wird aber interessanterweise das schweizerische Beispiel häufig gar nicht erst berücksichtigt oder allenfalls als Sonderfall eines ohnehin in vielerlei Hinsicht besonderen europäischen Kleinstaats betrachtet. Sieht man genauer hin, zeigt das Schweizer Beispiel aber ein generelleres Muster der Eigen- und Besonderheiten von Bürgerschaft in föderalen Systemen. In den heutigen konsolidierten Bundesstaaten wie der Bundesrepublik sind diese Eigenheiten aufgrund starker Unitarisierungsprozesse häufig schon sehr verblasst und aus dem Bewusstsein verschwunden. Geht man hingegen in der Verfassungsgeschichte der Bundesstaaten etwas zurück, so werden rasch ähnliche Muster gestufter und verknüpfter Bürgerrechte in Bund und Gliedstaaten sichtbar, die als Erfahrungs- und Reflexionsreservoir für die Verhältnisse in der Europäischen Union dienen können.

Auch derartige verfassungshistorische Vergleiche haben es in der deutschen Diskussion freilich schwer. So merkt das Bundesverfassungsgericht im Lissabon-Urteil an, aus der Einführung der Unionsbürgerschaft könne nicht «auf die Begründung bundesstaatlicher Föderalität geschlossen werden» und «historische Vergleiche zur deutschen Bundesstaatsgründung über den Norddeutschen Bund von 1867 (vgl. etwa Schönberger, Unionsbürger, 2005, S. 100 ff.)» führten «in diesem Zusammenhang nicht weiter».⁴ Es wird den Leser nicht überraschen, dass der Verfasser dieser Zeilen entgegen dieser Karlsruher Nebenbemerkung historische Vergleiche in diesem Zusammenhang durchaus für weiterführend hält. Bemerkenswert ist auch nicht etwa diese Aussage des Bundesverfassungsgerichts als solche, zumal dieses auf jede Begründung vorsorglich verzichtet.⁵ Interessant ist vielmehr, dass das Gericht den Ein-

recht des Kantons besitzt.» Zu Entwicklung und Struktur des Schweizer Bürgerrechts zusammenfassend Christoph Schönberger, Unionsbürger, 2005, S. 80 ff.

4 BVerfGE 123, 267 (404)

5 Zur Unklarheit dieser Passage des Lissabon-Urteils vgl. die interessanten Anmerkungen von Jeremy B. Bierbach, *Who's Afraid of Union Citizenship?*, *European Constitutional Law Review* 5 (2009), S. 517 ff.

druck erweckt, wer derartige Vergleiche anstelle, schliesse aus der Einführung der Unionsbürgerschaft «auf die Begründung bundesstaatlicher Föderalität», stelle sich also zwangsläufig in die Logik einer Entwicklung hin zum europäischen Bundesstaat. Die Befürchtung gegenüber einer derartigen Entwicklung scheint häufiger mitverantwortlich dafür zu sein, dass entsprechende vergleichende Analysen in Deutschland eher selten unternommen werden (während diese etwa in der englischsprachigen Forschung spätestens seit dem grossangelegten Vergleich der europäischen Integration mit den USA im Rahmen des Projekts «Integration Through Law»⁶ zum selbstverständlichen Standard gehören⁷ und dort zunehmend gerade auch die föderale Verfassungsgeschichte als Reflexionsreservoir einbeziehen⁸).

Hier schwingt offenbar die Vorstellung mit, wer Parallelen der europäischen Entwicklung zu bestimmten Entwicklungsstufen des Föderalismus in den Vereinigten Staaten, Deutschland oder der Schweiz herausarbeite, stelle sich zwangsläufig in die Logik eines europäischen Bundesstaats. Das ist aber keineswegs notwendig. Die europäische Entwicklung und Situation lässt sich durch die Kontrastierung mit der föderalen Verfassungsgeschichte heutiger Bundesstaaten heuristisch erhellen, ohne dass der Europäischen Union deshalb eine vergleichbare Entwicklung prognostiziert oder gewünscht werden müsste. Entsprechende Vergleiche müssen nicht zwangsläufig nur Gemeinsamkeiten herausarbeiten, sondern können ebenso auf markante Unterschiede stossen. Ohnehin eignet sich weder der Historiker noch der Jurist zum Propheten, und die historische Erfahrung bundesstaatlicher Einigungsprozesse deutet eher darauf hin, dass es zu einer bundesstaatlichen Konsolidierung von Staatenzusammenschlüssen eher aus zugespitzten Krisensituationen heraus kommt⁹ als aufgrund einer leisen, schleichenden Ent-

6 Mauro Cappelletti/Monica Secombe/Joseph Weiler (Hrsg.), *Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience*, acht Bände, 1986-1988.

7 Siehe zuletzt Robert Schuetze, *From dual to cooperative federalism: the changing structure of European Law*, 2009.

8 Vgl. etwa Leslie Friedman Goldstein, *Constituting Federal Sovereignty. The European Union in Comparative Context*, 2001; David McKay, *Designing Europe. Comparative Lessons from the Federal Experience*, 2001.

9 Man denke etwa an den Sonderbundkrieg in der Schweiz (1847), den Krieg von 1866 zwischen Preussen und Österreich und den US-amerikanischen Bürgerkrieg (1861-1865), die jeweils auf ihre Weise erst den Weg für eine bundesstaatliche Konsolidierung freigemacht haben.

wicklung. Der Bundesstaat durch die Hintertür ist keine historisch wahrscheinliche Entwicklungsmöglichkeit.¹⁰

Mitverantwortlich für die gerade in Deutschland verbreitete Scheu vor dem entsprechenden Föderalismusvergleich ist überdies, dass das deutsche Bundesstaatsverständnis seit der späten Nationalstaatsgründung im 19. Jahrhundert unitarisch kodiert ist, dass also das föderative Grundproblem der Einheit in der Vielheit begrifflich wie kulturell stets zugunsten der Einheit aufgelöst wird.¹¹ Aus diesem Grund wird etwa auch die Erfahrung der Vereinigten Staaten und der Schweiz, die bis heute sehr viel mehr föderale Pluralität kennen und schätzen als Deutschland – und wo bezeichnenderweise der Ausdruck «Bundesstaat» nie recht Fuss gefasst hat¹² –, im deutschen Bundesstaatsverständnis bis heute nur unzureichend berücksichtigt. Ein so verengtes und auf Unitarisierung ausgerichtetes Bundesstaatsverständnis wird bereits der deutschen föderalen Erfahrung nicht gerecht;¹³ es wird zwangsläufig besondere Schwierigkeiten haben, die Europäische Union überhaupt im Kontext des Föderalismus eingestuft zu sehen. Denn in dieser Wahrnehmungsperspektive heisst Föderalismus zwangsläufig Staats- und Nationsbildung und damit auf die Europäische Union übertragen Einschmelzung der europäischen Nationalstaaten in einer europäischen Staatswerdung.¹⁴ Man kann das wiederum am Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts deutlich ablesen, das sich einen europäischen

10 Hierzu mit weiteren Nachweisen Christoph Schönberger, Unionsbürger. Europas föderales Bürgerrecht in vergleichender Sicht, 2005, S. 57 f.

11 Dazu Ernst Deuerlein, Föderalismus. Die historischen und philosophischen Grundlagen des föderativen Prinzips, 1972, S. 306 ff.; Christoph Schönberger, Die Europäische Union als Bund. Zugleich ein Beitrag zur Verabschiedung des Staatenbund-Bundesstaat-Schemas, AöR 129 (2004), S. 81 (88 ff.).

12 Dazu für die USA aufschlussreich Elisabeth Zoller, Aspects internationaux du droit constitutionnel. Contribution à la théorie de la Fédération d'États, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye 294 (2002), S. 39 (60 ff.).

13 Reinhart Koselleck, Diessets des Nationalstaats. Föderale Strukturen der deutschen Geschichte (1994), in: ders., Begriffsgeschichten, 2006, S. 486 ff.; vgl. auch Dieter Langewiesche, Föderativer Nationalismus als Erbe der deutschen Reichsnation, in: ders., Nation, Nationalismus, Nationalstaat in Deutschland und Europa, 2000, S. 55 ff.

14 Stefan Oeter, Föderalismus und Demokratie, in: Armin von Bogdandy / Jürgen Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2. Aufl., 2009, S. 73 (74); vgl. näher Michael Burgess, Federalism and European Union: The Building of Europe 1950-2000, 2000, S. 1 ff.

Bundesstaat letztlich nur als verkappten Einheitsstaat mit einheitlichem Staatsvolk und parlamentarischer Mehrheitsherrschaft vorstellen kann (und gerade deshalb der «Ewigkeitsklausel» des Grundgesetzes ein Verbot des Übergangs zu einem europäischen Bundesstaat entnehmen zu können glaubt).¹⁵

Föderalismus ist indes stets mehr gewesen als der Bundesstaat und erst recht als jenes unitarisch verzerrte Bundesstaatsverständnis, das sich in Deutschland seit dem ausgehenden 19. Jahrhundert durchgesetzt hat. Die Europäische Union mit der Entwicklungsgeschichte traditioneller Bundesstaaten wie der Schweiz, der USA oder Deutschlands zu vergleichen, heisst keineswegs die jeweiligen Entwicklungspfade gleichsetzen oder offenkundige Unterschiede nicht wahrnehmen. *Comparaison n'est pas raison*. Aber erst der Vergleich bewahrt vor der ungleich problematischeren Tendenz, die Europäische Union als völlig eigengeartetes Sondergebilde zu verstehen, als System *sui generis*. Eine derartige isolierende Betrachtungsweise – die sich paradoxerweise in einer unkritisch-europhilen Europarechtswissenschaft ebenso häufig findet wie in einer introvertiert-etatistischen Staatsrechtswissenschaft – steht in der Gefahr, sich in sich selbst einzukapseln und das in der diachronen Rechtsvergleichung liegende Erkenntnispotential zum eigenen Schaden unausgeschöpft zu lassen. Sicherlich ist die Europäische Union ein Unikat. Aber auch die Schweiz oder die Vereinigten Staaten sind Unikate. Das sollte dort so wenig wie hier hindern, diese Ordnungen durch vergleichende Einordnung besser zu verstehen. Für freiwillige enge Staatenzusammenschlüsse halten Föderalismustheorie und föderale Verfassungsgeschichte einen reichhaltigen Begriffs- und Erfahrungsschatz bereit.

II. Grundstrukturen föderaler Bürgerschaft in freiwilligen Staatenzusammenschlüssen

Die Bürgerschaft grossflächiger Gebilde ist historisch häufig ein plurales Phänomen gewesen. Das klassische Beispiel dafür ist das Bürgerrecht im

15 BVerfGE 123, 267 (347 f., 364, 365); vgl. zur Kritik näher Christoph Schönberger, Die Europäische Union zwischen «Demokratiedefizit» und Bundesstaatsverbot. Anmerkungen zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, *Der Staat* 48 (2009), S. 535 (555 ff.).

Römischen Reich.¹⁶ Diese Pluralität ist auch für freiwillige föderale Staatenzusammenschlüsse regelmässig charakteristisch.¹⁷ Sie ist dort aber eine spezifische und beruht auf der untrennbaren Verknüpfung der Staatsangehörigkeit der Gliedstaaten mit der gemeinsamen Bundesangehörigkeit. Jeder Bürger eines Gliedstaats des Bundes ist zugleich auch Bürger des Bundes selbst.¹⁸

Diese Verknüpfung, die sich heute wiederum in der Europäischen Union findet, lässt sich entwicklungsgeschichtlich zwanglos erklären. Gehen Staaten miteinander eine föderative Verbindung ein, so können sie ihre jeweiligen Staatsangehörigen nicht länger dem allgemeinen Fremdenrecht unterwerfen und fortfahren, sie so zu behandeln wie Ausländer aus beliebigen Drittstaaten. Sie werden sie also wechselseitig privilegieren, ihnen etwa bestimmte Aufenthaltsrechte gewähren und in bestimmtem Umfang die Gleichbehandlung mit den eigenen Bürgern zusichern. Schon die traditionellen Staatenbünde, die noch auf einen vergleichsweise lockeren Zusammenschluss der beteiligten Staaten abzielten, kannten derartige Gewährleistungen, am umfangreichsten in Artikel IV der nordamerikanischen Konföderationsartikel von 1777/81.¹⁹ Durch dieses Rechtsbündel waren die föderierten Staaten füreinander nicht länger Ausland, sondern in ihrem internen Verhältnis entfiel in gewissem Mass die Unterscheidung zwischen «Innen» und «Aussen». Die beteiligten Staaten sahen ihre Bürger wechselseitig nicht länger als Ausländer, sondern verliehen ihnen einen stärkeren gemeinsamen Status, der sie der Rechtsstellung der jeweiligen Staatsangehörigen annäherte. Ein Bürger von Massachusetts konnte sich in Virginia niederlassen und dort eine weitgehende Gleichbehandlung mit den Einheimischen verlangen, und Gleiches galt umgekehrt für den Bürger von Virginia, der nach Massa-

16 Grundlegend dazu Yan Thomas, «Origine» et «Commune Patrie». Étude de droit public romain (89 av. J.-C. – 212 ap. J.-C.), 1996.

17 Vgl. allgemein: Olivier Beaud, The Question of Nationality within a Federation: A Neglected Issue of Nationality Law, in: Randall Hansen / Patrick Weil (Hrsg.), Dual Nationality, Social Rights and Federal Citizenship in the U.S. and Europe, 1992, S. 314 ff.; Vicky C. Jackson, Citizenship and Federalism, in: T. Alexander Aleinikoff / Douglas Klusmeyer (Hrsg.), Citizenship Today. Global Perspectives and Practices, 2002, S. 127 ff.

18 Näher Schönberger, Unionsbürger (Fn. 10), S. 166 ff.

19 Dazu näher James H. Kettner, The Development of American Citizenship 1608-1870, 1978, S. 220 ff., und der Beitrag von Oliver Diggelmann in diesem Band.

chusetts übersiedelte. Dieses föderative Rechtsbündel ist der systematische Vorläufer derjenigen Vorschriften in heutigen bundesstaatlichen Verfassungen, die die Freizügigkeit zwischen den Gliedstaaten und die Gleichbehandlung der Bürger der Gliedstaaten durch die anderen Gliedstaaten vorsehen, im deutschen Grundgesetz beispielsweise also der heutigen Vorschriften der Artikel 11 GG, 33 Abs. 1 GG.²⁰ Durch Bestimmungen wie Artikel IV Konföderationsartikel trat in einer nicht näher formalisierten Weise zur Staatsangehörigkeit der Gliedstaaten eine bundesrechtliche Komponente hinzu. Schon in der Zeit der Staatenbünde entstand so ein bundesrechtlicher Status, eine «interstate citizenship», die an die Gliedstaatsangehörigkeit anknüpfte.²¹ Man hat deshalb für die Vereinigten Staaten treffend von der «Erfindung der zweifachen Bürgerschaft in den Konföderationsartikeln» gesprochen.²² In ähnlicher – und ähnlich informeller – Weise, wenn auch durch den Primat ökonomischer Integration in den frühen Jahrzehnten spezifisch akzentuiert, bildete sich in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft eine derartige «interstate citizenship» heraus, indem den wirtschaftlich aktiven Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten durch die Grundfreiheiten des Gemeinsamen Marktes Aufenthalts- und Gleichbehandlungsrechte in den anderen Mitgliedstaaten gewährleistet wurden.²³

Betrachtet man die föderale Verfassungsgeschichte der USA, der Schweiz und Deutschlands näher, so lässt sich beobachten, dass sich überall aus einer ähnlichen Ausgangskonstellation heraus das System einer doppelten Bürgerschaft herausgebildet hat, in dem die Bürgerschaft des Bundes auf der Bürgerschaft der Gliedstaaten aufruhte. Dieses System ist jeweils erst einer vergleichsweise späten Phase rechtlich formali-

20 Näher Michael Sachs, Die Merkmale verfassungsgesetzlicher Unterscheidungsverbote in Deutschland vom Ende des alten Reiches bis zum Grundgesetz, *Der Staat* 23 (1984), S. 549. Überblick für die verschiedenen Bundesstaaten bei Chester James Antieau, *States' Rights Under Federal Constitutions*, 1984, S. 8 ff.

21 Rogers M. Smith, *Civic Ideals. Conflicting Visions of Citizenship in U.S. History*, 1997, S. 97.

22 Donald S. Lutz, *The Articles of Confederation as the Background to the Federal Republic*, *Publius* 20 (1990), S. 55 (66 f.).

23 Pierre Duclos, *L'Européen. Exploration d'une catégorie juridique naissante*, *Revue générale de droit international public* 65 (1961), S. 260 ff.; Eberhard Grabitz, *Europäisches Bürgerrecht zwischen Marktbürgerschaft und Staatsbürgerschaft*, 1970; Richard Plender, *An Incipient Form of European Citizenship*, in: Francis G. Jacobs (Hrsg.), *European Law and the Individual*, 1976, S. 39 ff.

siert worden. Es hat sich in einzelnen Bundesstaaten danach später noch einmal unter dem Einfluss von massiven Unitarisierungsentwicklungen grundlegend verändert. So leitet sich in den USA seit dem Bürgerkrieg das Bürgerrecht der Gliedstaaten vom Bürgerrecht des Bundes ab und wird durch Aufenthaltsnahme in dem jeweiligen Gliedstaat erworben.²⁴ In Deutschland hat das System der Vermittlung der Reichsangehörigkeit durch die Staatsangehörigkeit der deutschen Einzelstaaten noch durch die gesamte Weimarer Republik hindurch fortbestanden; es ist erst im Nationalsozialismus mit der Abschaffung der Länder beseitigt und in der Bundesrepublik nicht wieder erneuert worden.²⁵ Das Schweizer Recht bewahrt hingegen bis heute das ursprüngliche System.

Man kann in föderalen Einigungsprozessen von einer Skala sprechen, die von einem an die Staatsangehörigkeit der Gliedstaaten anknüpfenden schwachen bundesrechtlichen Status bis hin zu einem einheitlichen Bundesbürgerrecht reicht, das die Gliedstaatsbürgerschaft automatisch nach sich zieht oder sie ganz ablöst. Die föderale Verfassungsgeschichte bietet reiches Anschauungsmaterial für die Vielfalt rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten in diesem skalierten Feld. Es zeigt sich dabei, dass in bündischen Zusammenschlüssen das entstehungsgeschichtlich naheliegende System der Vermittlung der Bundesbürgerschaft durch die Bürgerschaft der Gliedstaaten häufig lange fortbesteht. Der Grund dafür liegt vor allem darin, dass die völlige Gleichbehandlung der Bürger der Gliedstaaten durch die anderen Gliedstaaten regelmässig ein sehr langwieriger Prozess ist. Neuralgische Punkte sind dabei in der föderalen Verfassungsgeschichte häufig zwei gewesen: die politischen Rechte und Fürsorgeleistungen für bedürftige Zuwanderer. In beiden Fragen wird die Solidarität der Gliedstaaten miteinander auf eine schwere Probe gestellt. Entsprechend lange Zeit haben auch innerhalb der Bundesstaaten häufig noch die entsprechenden Gleichstellungsprozesse gebraucht. So wurde innerhalb des Deutschen Reiches die Gleichstellung zugewander-

24 U.S. Const., Amendment XIV (1868), § 1: «All persons born or naturalised in the United States and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and the State wherein they reside.»

25 Zur heutigen Rechtslage und ihren Unsicherheiten bezüglich der Landesstaatsangehörigkeit siehe Gerhard Hoffmann, Die Staatsangehörigkeit in den deutschen Bundesländern, AöR 81 (1956), S. 300 ff.; Michael Sachs, Das Staatsvolk in den Ländern. Überlegungen zur Landesstaatsangehörigkeit und zur staatsbürgerlichen Gleichheit im Bundesstaat, AöR 108 (1983), S. 68 ff.

ter Deutscher bei den politischen Rechten in den Ländern, insbesondere bei der Teilnahme an Landtagswahlen, erst mit der Weimarer Reichsverfassung erreicht.²⁶ Innerhalb der Vereinigten Staaten haben Freizügigkeit und soziale Gleichstellung für bedürftige Amerikaner noch bis zur Leitentscheidung des Supreme Court in *Edwards v. California* aus dem Jahr 1941 erheblichen Einschränkungen unterlegen.²⁷ In der Schweiz ist die vollständige Gleichstellung aus anderen Kantonen zugewanderter Schweizer im Fürsorgerecht verfassungsrechtlich erst 1975 erreicht worden.²⁸ Gerade die Solidarität mit bedürftigen Zuwanderern aus anderen Gliedstaaten war also auch innerhalb der Bundesstaaten über lange Zeiträume hinweg sehr begrenzt, zumal dann, wenn der Bund selbst noch keine starke wohlfahrtspolitische Rolle übernommen hatte. In entsprechend vielfältigen Zwischenschritten ist meist auch das Anwachsen bundesrechtlicher Kompetenzen hinsichtlich des Staatsangehörigkeitsrechts der Gliedstaaten vor sich gegangen. Diese bundesrechtlichen Ingerenzbefugnisse entwickelten sich regelmässig aus dem Problem der Kontrolle von Einbürgerungen in den Gliedstaaten, die dem Eingebürgerten ja stets gleichzeitig die bundesbürgerlichen Freizügigkeits- und Gleichbehandlungsrechte verschafften und damit die Interessen aller Gliedstaaten berührten.²⁹

Es ist dieser skalierte Raum föderaler Bürgerschaft, in dem sich auch die Bürgerschaftsfragen der Europäischen Union bewegen. Wenn heute die fehlende Einbeziehung der nationalen politischen Rechte in die Unionsbürgerschaft oder das Fortbestehen rechtlicher Schranken für die Freizügigkeit bedürftiger Unionsbürger beklagt wird, so tut man gut da-

26 Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass freizügigkeitsberechtigte Deutsche in den anderen deutschen Einzelstaaten jeweils einen Einbürgerungsanspruch hatten; siehe näher Schönberger, Unionsbürger (Fn. 10), S. 107 ff., 110 ff.

27 *Edwards v. California*, 314 U.S. 160, 173 (1941); vgl. näher Anne Pieter van der Mei, *Freedom of Movement for Indigents: A Comparative Analysis of American Constitutional Law and European Community Law*, *Arizona Journal of International and Comparative Law* 19 (2002), S. 803 (809 ff.).

28 Dazu näher Schönberger, Unionsbürger (Fn. 10), S. 85 ff.

29 Dazu mit eingehenden historischen und vergleichenden Analysen: Matthias Lichter, *Die Staatsangehörigkeit nach deutschem und ausländischem Recht*, 2. Aufl. 1955, S. 88 ff.; Vincenzo Lippolis, *La Cittadinanza Europea*, 1994, S. 92 ff.; Gérard René de Groot, *The Relationship between the Nationality Legislation of the Member States of the European Union and European Citizenship*, in: Massimo La Torre (Hrsg.), *European Citizenship. An Institutional Challenge*, 1998, S. 115 (117 ff.)

ran, sich den skizzierten föderalen Bürgerschaftsraum insgesamt vor Augen zu führen. Durch diese Kontextualisierung werden die entsprechenden Sachfragen natürlich nicht gelöst. Aber es wird doch deutlich, dass sie jedenfalls nicht aus dem Horizont eines letztlich einheitsstaatlichen Verständnisses von Bürgerschaft heraus angemessen formuliert werden können, sondern als spezifisch föderative Probleme erfasst werden müssen. Das bedeutet etwa, dass für die Frage der Einbeziehung zuwandernder Unionsbürger in die Sozialleistungen des Aufenthaltsstaats differenzierte Lösungen mit abgestuften Integrationskonzepten überlegt werden müssen, die den unterschiedlichen Strukturen wohlfahrtsstaatlicher Solidarität Rechnung tragen.³⁰ Die Herausarbeitung der föderativen Strukturfragen aufgrund verfassungsgeschichtlicher und –vergleichender Erkenntnisse bietet hierbei nicht automatisch zugleich Leitgesichtspunkte im Sinne einer normativen politischen Theorie an. Aber indem sie die in der Diskussion häufig wie selbstverständlich mitschwingenden Vorstellungen einer Bürgerschaft des nationalen Wohlfahrtsstaats in Frage stellt, macht sie es überhaupt erst möglich, eine derartige normative politische Theorie zu entwickeln, die föderativen Grundproblemen Rechnung trägt.³¹

III. Die europäische Bürgerschaft als föderale Bürgerschaft: Lehren aus der Verfassungsgeschichte?

Im Hinblick auf das Verständnis der europäischen Bürgerschaft, die seit dem Vertrag von Maastricht aus dem Jahr 1993 rechtlich als Unionsbürgerschaft formalisiert ist, bedeutet die Interpretation im Kontext der vergleichenden Föderalismusgeschichte zunächst einmal eine grundlegende *Entdramatisierung*. Vieles, was im europäischen Kontext als völlig neu und einzigartig erlebt und analysiert wird, erweist sich als föderales Er-

30 Schönberger, Unionsbürger (Fn. 10), S. 349 ff. Für das Recht der heutigen USA ist das eingehend durchdacht bei Alexander Graser, *Dezentrale Wohlfahrtsstaatlichkeit im föderalen Binnenmarkt? Eine verfassungs- und sozialrechtliche Untersuchung am Beispiel der Vereinigten Staaten von Amerika*, 2001.

31 Überlegungen dazu liegen allerdings noch kaum vor. Eine anregende Ausnahme bei Lea Brilmayer, *Shaping and Sharing in Democratic Theory: Towards a Political Philosophy of Interstate Equality*, *Florida State University Law Review* 15 (1987), S. 389 ff.

fahrungsgut, das im Prozess föderativer Einungen immer wieder erlebt, aber nach dem Erleben auch immer wieder verdrängt oder schlicht vergessen worden ist. Berücksichtigt man hingegen die Erfahrung der föderalen Verfassungsgeschichte, dann kann die verbreitete Gewohnheit, bürgerschaftliche Fragen nur mit einer nicht weiter reflektierten einheitsstaatlichen Begrifflichkeit zu behandeln, durch die Bildung angemessenerer Kategorien überwunden werden, die gerade spezifisch auf föderale Systeme zugeschnitten sind. Das ist die Aufgabe einer *allgemeinen Bundeslehre*.³² Dadurch lässt sich die für die Analyse der europäischen Integration bis heute kennzeichnende Tendenz überwinden, allgemeine Kategorien zu verwenden, die einheitsstaatlich geprägt sind, und daneben eine Sonderterminologie aus sui-generis-Begriffen zu stellen, die allein für den europäischen Anwendungsfall Verwendung finden soll. Das Spezifische der europäischen Integration kann jedoch überhaupt nur in den Blick geraten, wenn man die allgemeinen Probleme föderativer Verfassungsordnungen, die die Europäische Union mit anderen föderalen Systemen gemeinsam hat, von denjenigen abschichtet, die für sie spezifisch sind. Gerade das kann aber nicht gelingen, wenn aufgrund einheitsstaatlicher Verständnisfolien allgemeine föderative Sachfragen nur als Sonderprobleme der europäischen Integration wahrgenommen werden.

Die föderale Verfassungsgeschichte kann uns freilich weder politische noch juristische Sachentscheidungen zu den Bürgerschaftsfragen innerhalb der Europäischen Union abnehmen. Sie kann aber helfen, Strukturfragen und Entscheidungsalternativen durch Einbeziehung des historischen Vergleichsmaterials klarer und durchsichtiger zu machen. Die Kenntnis föderaler Vergleichssysteme in Vergangenheit und Gegenwart hilft insbesondere, die häufig in sehr unbefriedigender Weise diskutierten Fragen der europäischen Demokratie angemessener zu formulieren. Die entsprechende Diskussion leidet oft darunter, dass sie als potentielle Legitimationssubjekte nur ein einheitliches Kollektiv «Volk» oder das einzelne Individuum anerkennen will. Das Spezifische des demokratischen Föderalismus besteht aber gerade darin, dass Legitima-

32 Olivier Beaud, *Théorie de la Fédération*, 2007 ; Schönberger, *Die Europäische Union als Bund* (Fn. 11); grundlegend schon Murray Forsyth, *Unions of States*, 1981.

tionssubjekt hier weder die segmentierten Völker der Einzelstaaten sind noch ein aus Individuen aggregiertes Bundesvolk, sondern die föderativ gegliederte Gesamtheit der Bundesangehörigen. Das Recht der Vereinigten Staaten bietet bis heute reichhaltiges Anschauungsmaterial dafür.³³ Die doppelte Zugehörigkeit des Einzelnen zu seinem Einzelstaat und dem Bund spiegelt sich in der Struktur des bündischen Legitimationssubjekts wider und zeigt sich auch in der Struktur der Institutionen auf der Bundesebene, die Staatenkammer und Bürgerkammer kombiniert. Wenn die Staatenkammer ein Rat ist wie in der Bundesrepublik und der Europäischen Union, dann kann die föderale Verfassungsgeschichte der Staatenbünde, die stets auf einem Ratssystem beruhte, besonderen Aufschluss über die damit verknüpften Strukturfragen und die Probleme von dessen Demokratisierung bieten.³⁴

Letztlich macht die Interpretation der europäischen Union im Kontext der föderalen Verfassungsgeschichte überdies auf Eigenheiten und Besonderheiten des europäischen Integrationsprozesses neu aufmerksam. Denn es ist nicht zu übersehen, dass auch in den im Vergleich zu Deutschland deutlich föderativeren Bundesstaaten Schweiz und USA die föderale Entwicklungsgeschichte zugleich auch eine Geschichte von Nationsbildung gewesen ist. Eine Entsprechung dazu ist bei der europäischen Integration bis heute nicht erkennbar, und es ist mehr als zweifelhaft, ob ein derartiger Prozess angesichts der inneren Heterogenität und bereits heute erreichten räumlichen Ausdehnung der Union – und ihrer weiterhin absehbaren Erweiterung – künftig noch eintreten wird. Es ist daher damit zu rechnen, dass die Union auf unabsehbare Zeit viele Züge bewahren wird, die sich in der Verfassungsgeschichte der traditionellen Bundesstaaten im Rückblick nur als Durchgangsstadium zu einer entschiedeneren Konsolidierung der Bundesebene erwiesen haben. Die föderale Verfassungsgeschichte verweist uns dann sehr deutlich darauf, dass es sich bei der europäischen Integration um ein fragiles und prekäres Gebilde handelt, bei dem nicht ausgemacht ist, in welcher Form es einen gewissen Gleichgewichtszustand erreichen könnte. Denn auch was im Rückblick des Verfassungshistorikers manchmal wie zwangsläufig

33 Näher Schönberger, Unionsbürger (Fn. 10), S. 496 ff.

34 Dazu Beaud, *Théorie de la Fédération* (Fn. 30), S. 351 ff., und den Beitrag von Stefan Oeter in diesem Band.

wirkt, war doch in der Zeit stets nur ein Entwicklungspfad unter mehreren, dem allein die Kenntnis der späteren Entwicklung den Anschein der Unausweichlichkeit verleiht. Die Entwicklungsgeschichte der Europäischen Union ist offen, so offen, wie es auch die föderale Verfassungsgeschichte immer war.

Die Autoren

Giovanni Biaggini

geb. 1960. Seit 1999 Ordinarius für Staats-, Verwaltungs- und Europarecht an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich. Promotion (1989) und Habilitation (1995) in Basel. Mitarbeiter im Bundesamt für Justiz, Bern (1991–1999), dort insb. Mitwirkung am Projekt Totalrevision der Bundesverfassung. Experte des Verfassungsrates des Kantons Zürich (2002–2005). Veröffentlichungen (Auswahl): Verfassung und Richterrecht (1991). Theorie und Praxis des Verwaltungsrechts im Bundesstaat (1996). Die Idee der Verfassung – Neuausrichtung im Zeitalter der Globalisierung? in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR) 2000 I, 445 ff. Die Staatsrechtswissenschaft und ihr Gegenstand: Wechselseitige Bedingtheiten am Beispiel der Schweiz, in: H. Schulze-Fielitz (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft (2007), 267 ff. Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar (2007). «Vertragszwang» im kooperativen Föderalismus, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBl) 2008, 345 ff. Die Entwicklung eines Internationalen Verwaltungsrechts als Aufgabe der Rechtswissenschaft, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL), Band 67 (2008), 413 ff.

Korrespondenzadresse: Rechtswissenschaftliches Institut der Universität Zürich, Freiestrasse 15, CH-8032 Zürich
(giovanni.biaggini@rwi.uzh.ch).

Thomas Bruha

geb. 1945, ist Professor für öffentliches Recht, Völker- und Europarecht an der Universität Hamburg. Seine Forschungsschwerpunkte liegen auf den Gebieten des Rechts der Vereinten Nationen, insbesondere Friedenssicherungsrecht, sowie dem europäischen Verfassungs- und Asso-

ziierungsrecht. Er ist Direktor am Institut für Internationale Angelegenheiten der Universität Hamburg und am Institute for European Integration des Europa-Kolleg Hamburg, wo er einen internationalen Masterstudiengang «European and European Legal Studies» leitet. Vor seinem Ruf an die Universität Hamburg war Professor Bruha Forschungsbeauftragter am Liechtenstein-Institut (1987 bis 1993). In dieser Funktion war er viele Jahre völkerrechtlicher Berater der Regierung des Fürstentums Liechtenstein. Seit dem 1. September 2011 ist Professor Bruha Co-Dean der von der EU finanzierten China-EU School of Law in Peking.

Oliver Diggelmann

geb. 1967, ist Professor für Völkerrecht, Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie an der Andrassy Universität Budapest. Studium in Bern, Zürich, Cambridge. Doktorat in Zürich (1998). Habilitation in Zürich (2004) und Pécs (2006). Forschungsaufenthalte an der Humboldt-Universität Berlin (1999), der University of California at Berkeley (2001) und der Yale Law School (2008).

Peter Geiger

geb. 1942, PD Dr. phil. I, Schweizerbürger, aufgewachsen in Mauren/FL. Studium der Geschichte, Germanistik und Romanistik an den Universitäten in Zürich, Wien und Seattle/USA, Promotion in Zürich 1970, Habilitation in Fribourg 1999. 1970 bis 1987 Lehrer (und Prorektor) an der Kantonsschule St. Gallen, 1976 bis 2008 Dozent für Geschichte an der Pädagogischen Hochschule St. Gallen, seit 1999 auch Privatdozent an der Universität Fribourg. Seit 1987 Forschungsbeauftragter am Liechtenstein-Institut in Bendern/FL zu Liechtenstein in den 1930er Jahren und im Zweiten Weltkrieg. Ab 2001 Präsident der Unabhängigen Historikerkommission Liechtenstein Zweiter Weltkrieg (Veröffentlichung des Schlussberichts 2005, in engl. Übersetzung 2009).

Dieter Langewiesche

geb. 1943, Prof. Dr., Historiker, Professor für neuere Geschichte an den Universitäten Hamburg (1978–1985) und Tübingen (seit 1985, entpflichtet 2008), Mitglied u. a. im Gründungsrektorat der Universität Er-

furt (1997–2000), im deutschen Wissenschaftsrat (1993–1995), in der Heidelberger Akademie der Wissenschaften u. der Leopoldina. Nationale Akademie der Wissenschaften. Gottfried Wilhelm Leibniz-Preis der Deutschen Forschungsgemeinschaft 1996. Fellow am Wissenschaftskolleg zu Berlin 1994; Honorary Fellow des Historischen Kollegs München 2010. Ehrendoktorat der Universität Erfurt. Mitglied des Wissenschaftlichen Rates des Liechtenstein-Instituts seit 1994.

Stefan Oeter

Prof. Dr., geb. 1958. 1979–1983 Studium der Rechts- und Politikwissenschaften in Heidelberg und Montpellier; nach Referendarzeit (1984–1987) von 1987–1999 wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht in Heidelberg; 1990 Promotion zum Dr. iur., Heidelberg; 1997 Habilitation in Heidelberg; seit 1999 Professor für Öffentliches Recht und Völkerrecht und geschäftsführender Direktor des Instituts für internationale Angelegenheiten der Universität Hamburg; deutsches Mitglied und (seit 2006) Vorsitzender des Unabhängigen Expertenkomitees für die Europäische Charta der Regional- oder Minderheitensprachen des Europarats; Vorsitzender der Historical Commission der International Society for Military Law and the Laws of War; Mitglied des Permanent Court of Arbitration, Den Haag; Forschungsschwerpunkte: vergleichende Föderalismusforschung; Schutz von Sprach- und Kulturminderheiten; Humanitäres Völkerrecht; Europäisches und internationales Wirtschaftsrecht; Theorie des Völkerrechts und der internationalen Beziehungen.

Christoph Schönberger

geb. 1966, lehrt Öffentliches Recht, Europarecht und Verfassungsgeschichte an der Universität Konstanz. Er studierte Rechtswissenschaft und Philosophie in Bonn und Paris. 1996 promovierte er mit einer Studie über die Parlamentarismustheorie im deutschen Kaiserreich und habilitierte sich 2005 mit einer Untersuchung zur Unionsbürgerschaft der Europäischen Union. Seine Forschungsinteressen liegen vor allem in der Verbindung staatsrechtlicher Grundsatzfragen mit Verfassungsgeschichte und Rechtsvergleichung. Besondere Aufmerksamkeit widmet er Fragen des Parlamentarismus und des Föderalismus. Zuletzt erschien:

Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach 60 Jahren Bundesverfassungsgericht, Berlin 2011 (gemeinsam mit Matthias Jestaedt, Oliver Lepsius, Christoph Möllers).

Robert Schütze

Dr., ist Senior Lecturer an der Durham Law School (Vereinigtes Königreich). Seine Forschungsinteressen liegen im Bereich des europäischen und vergleichenden Verfassungsrechts. Er ist Autor der Monographie «From Dual to Cooperative Federalism: The Changing Structure of European Law» (Oxford University Press, 2009), sowie zahlreicher Aufsätze zum europäischen Föderalismus.

Ulrich Zelger

geb. 1974 in Bozen, Dr. Mag. iur., Mag. phil., LL.M., Studium der Rechtswissenschaften, der Geschichte und der Philosophie in Wien, Innsbruck und St. Gallen, Assistententätigkeit in Innsbruck und St. Gallen, zurzeit Oberassistent am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich, habilitiert zum Schweizerischen Familienrecht und zur Familienrechtsgeschichte, weitere Arbeiten zur Verfassungs- und Rechtsgeschichte, zum Privatrecht und zum Römischen Recht. Einschlägige Arbeiten: Schweiz, in: Peter Brandt/Werner Daum/Martin Kirsch/Arthur Schlegelmilch (Hrsg.), Handbuch der europäischen Verfassungsgeschichte im 19. Jahrhundert, Bd. 2: 1815–1847, erscheint in Bonn 2011; Die Familie im Recht der EG, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2006, S. 427 ff.; Föderalismus (gem. mit Rainer J. Schweizer), in: Stiftung Historisches Lexikon der Schweiz (Hrsg.) Historisches Lexikon der Schweiz, Bd. 4, S. 587 ff.; Kontakt: ulrich.zelger@uzh.ch